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

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 28
julio-septiembre 2005

Director:
Antonio Javier
Pérez Martín

Sumario

Presentación	**3**
Índice	**7**
Estudios Doctrinales	**23**
Jurisprudencia	**91**
Resoluciones de la DGRN	**269**
Sección Práctica	**289**
Tribuna Abierta	**303**
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	**319**
Avances Jurisprudenciales	**329**

editorial
LEX NOVA

Revista de
Derecho
de Familia

© LEX NOVA 2005

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.

Cálculo orientativo de la pensión compensatoria

La experiencia ha demostrado que las tablas que publicamos para el cálculo estadístico de la pensión alimenticia se han convertido en un instrumento de trabajo útil en la resolución de las crisis de pareja. Hace unos meses volvimos a contrastar los datos obtenidos en numerosas resoluciones que fijaban una pensión alimenticia, y el resultado fue que en el 90% de las sentencias la cuantía de la pensión que se fijó por el juzgado y la que figuraba en las tablas era equivalente o se desviaba en un porcentaje no superior al 15%.

Desde aquel momento también intentamos buscar un método similar para conseguir unas tablas para el cálculo orientativo de la pensión compensatoria, pero la disparidad que encontramos en la multitud de resoluciones que analizamos, y el hecho de que para la determinación de la misma era necesario tener en cuenta muchos más parámetros que los ingresos de los cónyuges y el número de hijos, nos hizo paralizar el proyecto.

Tras años de estudio hemos conseguido, por fin, un método, posiblemente más objetivo que el que se contiene en las tablas de pensiones alimenticias, que nos permitirá determinar de forma aproximada y orientativa la cuantía de la pensión compensatoria. Como en este cálculo intervienen todos los parámetros que se enumeran en el artículo 97 del Código Civil, ha sido imposible plasmarlo en unas tablas, siendo necesario la utilización del programa informático que se contiene la Base de Datos de Derecho de Familia que comercializa la editorial Lex Nova.

Veamos en qué consiste el método para determinar la cuantía orientativa de la pensión compensatoria:

La primera fase está destinada a la obtención de datos, y uno por uno el programa nos irá solicitando los siguientes:

1. Ingresos del cónyuge que debe abonar la pensión compensatoria. Una de las casillas de la aplicación, nos solicitará que incluyamos el importe de los ingresos mensuales del cónyuge que debe abonar la pensión compensatoria. Hay que aclarar que se trata de los ingresos netos, una vez deducidas las cuotas de la Seguridad Social y las retenciones del IRPF. Si el cónyuge debe abonar también pensiones alimenticia a favor de los hijos, en otra casilla nos solicitará que incluyamos el importe mensual de esta pensión, a fin de deducir de sus ingresos la cantidad que abona en concepto de pensiones alimenticias.

2. Ingresos del cónyuge que solicita la pensión compensatoria. Teniendo en cuenta que existen supuestos en los que se fija pensión compensatoria aun cuando el cónyuge solicitante de la pensión percibe ingresos, la aplicación nos solicitará que incluyamos el importe mensual de los ingresos que percibe el citado cónyuge, debiendo incluir uno en el caso de que no perciba ingreso alguno.

3. Cómputo de la atribución del uso del domicilio en favor del cónyuge que solicita la pensión. Otro dato que se tiene en cuenta en la práctica para fijar la cuantía de la pensión compensatoria es si al cónyuge solicitante se le ha atribuido o no el uso de la vivienda, bien directamente o como consecuencia de habérsele otorgado la custodia de los hijos. Por ello, el programa nos solicitará este dato que lo tendrá en cuenta para determinar la cuantía de la pensión.

4. Duración del matrimonio y edad del cónyuge que solicita la pensión. Estos son dos datos básicos cuando se debe fijar la pensión compensatoria, y por ello habrá que introducir en las casillas correspondientes tanto la fecha de celebración del matrimonio como la fecha en que nació el cónyuge que solicita la pensión. Con estos datos, el programa realizará los cálculos oportunos para conocer la duración del matrimonio y la edad que tiene el cónyuge solicitante en el momento en que tiene lugar la separación.

5. Existencia de descendencia en el matrimonio y edad de cada uno de los hijos. En el artículo 97 del CC se incluyen como parámetros a tener en cuenta la dedicación pasada y futura a la familia del cónyuge que solicita la pensión. Si tenemos en cuenta que, normalmente, la dedicación del cónyuge a la familia está en función del número de hijos y de la edad de los mismos, será necesario conocer estos datos en el momento en que se produce la separación. Por ello, el programa nos solicitará la fecha de nacimiento de cada uno de ellos, distinguiendo si los mismos conviven o no en el domicilio familiar.

6. Cualificación profesional del cónyuge que solicita la pensión. Las posibilidades de que el cónyuge solicitante de la pensión pueda o no acceder a un empleo, o en caso de realizar trabajos renumerados, acceder a una categoría superior, estarán en función de la cualificación profesional del mismo. En este caso, el programa nos exigirá que señalemos una de las siguientes opciones: "Sin estudios", "estudios medios" y "estudios universitarios".

7. Posibilidades de acceso a un empleo. Como el desequilibrio económico está en función de que el cónyuge solicitante pueda acceder a un empleo, además de la preparación a que se ha hecho referencia en el anterior apartado, también será determinante conocer: si ha trabajado alguna vez, si se encontraba trabajando y dejó el trabajo al contraer matrimonio, si durante el matrimonio ha trabajado de forma estable o esporádica y, por último, si durante el matrimonio ha colaborado con el otro cónyuge en el trabajo de éste.

8. Estado de salud del cónyuge que solicita la pensión. También es otro dato que deberá tenerse en cuenta para fijar la cuantía de la pensión compensatoria. El programa nos exigirá que marquemos una de las siguientes opciones en relación con una posible minusvalía del cónyuge solicitante: ninguna, grado mínimo, grado medio y grado superior.

Terminada la recogida de datos, comienza la segunda fase, que no es otra que el tratamiento informático de los mismos. Así, una vez introducidos todos los datos requeridos, el programa de forma automática realizará los cálculos necesarios para obtener una cifra final que determina la cuantía orientativa de la pensión compensatoria.

La forma en que se realizan los cálculos es compleja, si bien, de forma resumida, es como sigue:

1. A los ingresos que percibe el cónyuge que debe abonar la pensión se le restan, en su caso, los que percibe el cónyuge solicitante.

2. A los ingresos que percibe el cónyuge que debe abonar la pensión se le resta el importe de la pensión alimenticia que debe abonar, en su caso, a los hijos comunes.

3. Si se ha atribuido el uso del domicilio familiar al cónyuge que solicita la pensión, a los ingresos netos del cónyuge que debe abonarla se le deduce un 15%.

4. Respecto al resto de parámetros que se contienen en el artículo 97 su tratamiento es establecer un sistema de puntos con un mínimo y un máximo por cada uno de ellos. Así, por ejemplo, si el matrimonio ha durado 1 año se computará 1 punto y si el matrimonio se ha prolongado más de 30 años se contabilizarán 30 puntos. En el caso de la edad del cónyuge, si cuenta con 20 años se le asignará 1 punto y si tiene más de 55 años 30 puntos, estableciendo los cálculos intermedios para otras edades. Respecto a la dedicación pasada y futura a la familia, dependiendo del número de hijos y si éstos tienen menos de 12 años, entre 12 y 18 años y más de 18 años, y si conviven o no en el domicilio familiar, se van dando unas determinadas puntuaciones, de tal forma que, por ejemplo, si convive con el cónyuge solicitante de la pensión compensatoria un hijo menor de 12 años se le asignarán 25 puntos, si son dos 30, si son tres 35, etc., en cambio si son mayores de edad, por un hijo se computan 2 puntos, si son dos 4, etc. En cuanto a las posibilidades de acceso a un empleo, se le computarán 20 puntos cuando no haya trabajado nunca, o haya trabajado para el otro cónyuge, 10 puntos si ha trabajado durante el matrimonio de forma esporádica y 0 puntos cuando lo ha hecho de forma estable. Por último, respecto a la posible enfermedad del cónyuge que solicita la pensión, se le computarán 10 puntos si sufre alguna minusvalía en grado mínimo, 15 si es en grado medio y 30 si es en grado superior.

5. Sumados todos los puntos que ha obtenido el cónyuge que solicita la pensión, si los mismos superan los 100 puntos, la pensión compensatoria equivaldría al 30% (este dato se ha extraído de la jurisprudencia) de los ingresos disponibles del otro cónyuge (ingresos disponibles = ingresos netos – pensión alimenticia - deducción del 15 % si hay atribución del uso de la vivienda). Si el número de puntos es inferior, por ejemplo, porque el matrimonio haya durado solo 5 años, ha nacido un solo hijo, o porque el cónyuge solicitante de la pensión tiene menos de 30 años o percibe algún tipo de ingresos, el programa realizará automáticamente los cálculos precisos.

Veamos un ejemplo: Se trata de un matrimonio contraído el 30 de junio de 1982, habiendo nacido la esposa el 20 de junio de 1959, y del que nacieron dos hijos, uno el 25 de febrero de 1985 y otro el 30 de septiembre de 1994; es decir, uno es menor de edad a la fecha de la separación y otro mayor de edad, aunque convive en el domicilio familiar. El esposo obtiene unos ingresos mensuales de 2.480 euros, la esposa no realiza trabajo alguno actualmente ni trabajó durante el matrimonio aunque cuenta con estudios universitarios, y el esposo debe abonar 816,29 euros en concepto de pensión alimenticia para los hijos. El uso de la vivienda familiar se ha atribuido a los hijos y a la esposa. Rellenando todas las casillas del programa informático obtendremos que la cuantía orientativa de la pensión compensatoria será de 398 euros.

Al igual que pasó con las tablas de las pensiones alimenticias no faltarán quienes sólo vean inconvenientes en este tipo de cálculos (posiblemente los mismos que surgieron antes de establecerse el baremo de tráfico), pero no debemos olvidar que cuando se fija en un convenio regulador o en una sentencia la pensión compensatoria, bien las partes o el tribunal también deberán hacer algún tipo de cálculo para establecer la pensión.

ÍNDICE

ESTUDIOS DOCTRINALES

Algunas consideraciones sobre la ley de reforma del Codigo Civil en materia de separacion y divorcio
Francisco Javier Pastor Vita **25**

Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: incongruencias en sede de adopción
María Luisa Vallés Amores **57**

La pensión compensatoria a la luz de la Ley 15/2005 de modificación del código civil.
Antonio Alberto Pérez Ureña **65**

Autotutela e incapacitación voluntaria
Xosé Antón Barreiro Pereira **71**

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Habiéndose acordado por el Juzgado el cambio de guarda y custodia a favor del padre tras las incidencias habidas en la ejecución del régimen de visitas, la Audiencia revocó tal cambio sin fundamentar suficientemente tal decisión, por lo que el Tribunal Constitucional entendió que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del padre y acordó retrotraer las actuaciones para que la Audiencia Provincial dictase nueva resolución respetando este derecho.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 8/2005, de 17 de enero **93**

Nulidad de lo actuado en el procedimiento de reclamación de paternidad en el que admitida la prueba pericial consistente en la extracción de muestras de ADN de un cadáver y la misma no llegó a practicarse por causas ajenas a la parte que reclamaba la filiación.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 3/2005, de 17 de enero **99**

Anulación de la sentencia del Tribunal Supremo que desestimó un recurso de revisión de una sentencia de divorcio dictada en rebeldía por la falta de motivación al haber vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al aplicar la norma procesal reguladora de la caducidad de la acción de revisión sin el necesario razonamiento que pudiera justificar la denegación del acceso a la jurisdicción por parte del recurrente en amparo.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 11/2005, de 31 de enero **108**

Habiendo interpuesto el padre demanda de impugnación de paternidad y desistiendo posteriormente de la misma al conocer el resultado de la prueba biológica, la madre, en nombre propio y en el de su hijo, interpuso querella por estafa procesal que no fue admitida a trámite en base a la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del CP y de la prohibición de accionar penalmente entre determinados parientes consignada en el artículo 103 de la LECrim, causas que sólo afectaban a la acción ejercida en nombre de su hijo, pero no a la ejercitada en nombre propio.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 21/2005, de 1 de febrero **114**

Habiendo sido absuelto en la sentencia del Juzgado de Instrucción las faltas de maltrato de obra, amenazas y contra la propiedad de las que fue acusado por el Ministerio Fiscal y su esposa, la Audiencia Provincial le condenó en base a una nueva valoración de las pruebas testificales infringiendo con ello los principios de inmediación y contradicción ya que las únicas pruebas de cargo eran los mencionados testimonios, por lo que se le concede el amparo y se anula la sentencia de apelación.
Tribunal Constitucional Sala 1.ª, Sentencia 91/2005, de 1 de febrero **119**

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Validez de la citación para la práctica de la prueba biológica al haberse practicado en el domicilio en el que se le hizo el emplazamiento para el pleito y que sirvió para que se personase en el procedimiento.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 2004 **121**

Cuando exista un principio de prueba en las actuaciones, aunque no haya posesión de estado, la negativa del demandado al sometimiento a las pruebas biológicas llevará a la estimación de la demanda.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de junio de 2004 **124**

Desestimación de la demanda de reclamación de maternidad sin que se haya causado indefensión por la no admisión de la prueba biológica del ADN a practicar en dos personas ya fallecidas, ya que no existían otras pruebas de las que pudiera inferirse cierta probabilidad de que fuera cierta la filiación reclamada.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de junio de 2004 **126**

No existe obstáculo alguno de competencia para que en el procedimiento de filiación pueda fijarse un régimen de visitas a favor del que ha sido declarado padre de la menor.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de junio de 2004 **128**

Acreditada la oposición del padre en el procedimiento de reclamación de paternidad procede excluirle de la patria potestad de acuerdo con lo establecido en el artículo 111.1.2º del CC, norma imperativa para el juzgador aun cuando no lo haya solicitado la parte actora.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de junio de 2004 **130**

Desestimación de la acción de reclamación de paternidad al ser inconsistente la prueba testifical, única prueba aportada que justifica además la negativa al sometimiento a la prueba biológica.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de junio de 2004 **131**

La prueba científica de investigación de la paternidad es un medio de prueba legítimo, sin que los derechos constitucionales a la intimidad e integridad física se conviertan en blindados para permitir la consagración de impunidad con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de junio de 2004 **133**

Estimación de la acción de reclamación de paternidad no matrimonial en base a la valoración conjunta de la prueba en relación con la negativa al sometimiento a la prueba biológica, siendo de destacar la existencia de diversos documentos que llevan a declarar la posesión de estado.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de junio de 2004 **136**

Estimación de la demanda de reclamación de paternidad y transmisión de la deuda alimenticia generada desde la presentación de la demanda hasta el fallecimiento del padre a los herederos.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de junio de 2004 **139**

Ineficacia a efectos de revocar una sentencia que declara la paternidad no matrimonial de la aportación de otra sentencia en la que se considera justificada la negativa a la práctica de la prueba biológica al no tratarse de supuestos similares.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de junio de 2004 **141**

La declaración de paternidad en base a la negativa al sometimiento a la prueba biológica no resulta afectada por el texto del artículo 11 de la LOPJ según el cual «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», ya que la práctica de aquélla no violenta ningún derecho fundamental.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2004 **143**

Nulidad de lo actuado en un proceso de reclamación e impugnación de paternidad al no haberse nombrado un defensor judicial a los menores, si bien, dado que ambos han alcanzado la mayoría de edad, procede darles traslado de la demanda para que manifiesten lo que estimen necesario respecto a la cuestión litigiosa e, incluso, soliciten la práctica de pruebas que también estimen oportunas.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2004 **146**

No existe caducidad en la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial y de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial ejercitada por la hija, al faltar la posesión de estado de la filiación matrimonial.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de julio de 2004 **147**

Al no haberse aportado por ninguna de las partes, como era necesario, la prueba de la existencia, contenido y vigencia de la Ley extranjera aplicable a la acción de reclamación de paternidad dada la nacionalidad norteamericana de las partes y del hijo, procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de julio de 2004 **149**

Declaración de la paternidad cuando el resultado de la prueba biológica da un índice W= 99'998% que está dentro del rango considerado científicamente como la paternidad probada.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de julio de 2004 **152**

Ineficacia de la prueba biológica practicada privadamente por el demandado sin las garantías procesales y declaración de su paternidad en base a las pruebas presentadas unido a la negativa a la práctica de la prueba biológica.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de julio de 2004 **153**

Tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento cabe una impugnación del título de determinación, por existencia de vicio en la formación o exteriorización de la voluntad y una impugnación por causas distintas, entre ellas, la inexistencia de una realidad biológica. No obstante, no prosperan las acciones al no existir prueba indiciaria respecto a la impugnación de la paternidad, no siendo obstáculo para ello que la madre se negara a la práctica de la prueba biológica respecto al menor.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de julio de 2004 **156**

PATRIA POTESTAD

Atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre con base en la residencia del padre en el extranjero, sin que se acceda a la petición subsidiaria de privación de la patria potestad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de junio de 2004 **159**

Habiéndose establecido en un proceso de separación matrimonial el ejercicio conjunto de la patria potestad, no es procedente que con ocasión de tramitarse un procedimiento de incapacidad de la hija menor a instancia únicamente de la madre, se atribuya el ejercicio exclusivo a la misma, máxime cuando dicha declaración se hizo incluso por vía de auto de aclaración y sin oír al padre.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de julio de 2004 **161**

Lo determinante para la privación de la patria potestad es que se haya producido un incumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la misma, cosa que no ha sucedido en este caso ya que la relación paterno filial fue dificultada por la madre y el hecho de que no haya contribuido económicamente a satisfacer las necesidades del hijo ha sido motivado por la situación de paro y de carencia de ingresos y propiedad de bienes.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de julio de 2004 **164**

PENSIÓN ALIMENTICIA

Quien reclama alimentos ha de probar que está desasistido del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y en determinados supuestos, de la instrucción cultural y profesional y que se halla en una situación de incapacidad total o parcial para realizar trabajos retributivos sean de tipo intelectual o manual. En consecuencia no procede fijar pensión alimenticia a un hijo de 25 años al no haber acreditado la necesidad, máxime cuando consta que trabaja en la explotación ganadera de la madre.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2004 **166**

Fijación de la cuantía de la pensión alimenticia en la misma cantidad que venía pagando el padre voluntariamente desde el cese de convivencia de la pareja de hecho
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de julio de 2004 **168**

MENORES

Vulneración del derecho al honor e intimidad de un menor por la publicación de una noticia en la que se incluyen los datos de identidad de un menor que mató a una hermanastra, ya que la publicación de tales datos constituyen una evidente desmesura informativa resultando innecesaria la identificación.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de junio de 2004 **170**

Para fijar las visitas entre abuelos y nietos, no cabe reducir la relación personal que se menciona en el artículo 160 del CC a un mero contacto durante un breve tiempo como pretende la madre y nada impide que pueda comprender «pernoctar en casa o pasar una temporada» con los mismos.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de junio de 2004 **172**

Vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar de un menor al haberse publicado en un diario una noticia sobre su detención haciendo constar su nombre y apellidos e informando que estaba acusado de una agresión sexual a una joven de 19 años, relatando el modo en que sucedieron los hechos.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2004 **175**

Inexistencia de intromisión ilegitima en el derecho a la intimidad personal y familiar por la captación de imágenes de una madre y sus hijos por un detective privado tras el encargo realizado por el padre que presumía la existencia de irregularidades en el cuidado y vigilancia de los mismos.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de julio de 2004 **177**

UNIONES DE HECHO

Admisibilidad de que en el procedimiento para regular las consecuencias de la extinción de una pareja de hecho pueda pronunciarse el tribunal sobre la división de la vivienda familiar estableciendo incluso las cuotas que corresponden a cada uno de los convivientes en el pro indiviso, sin que sea obstáculo para ello que en el Registro de la Propiedad figure inscrito sin establecer dichas cuotas.
No existe posibilidad casacional de alterar el conjunto de apreciación de prueba contenido con argumentación razonable en la sentencia en la que tras valorar las circunstancias y el resultado de la prueba se inclina a conceder la guarda y custodia de las dos hijas al padre.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de junio de 2004 **179**

INCAPACIDAD

Desestimación de la declaración de incapacitación absoluta que se sustituye por una incapacidad relativa para la que es suficiente el régimen protector de la curatela.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2004 **181**

SUCESIONES

Aunque la Ley 1/1982, de 5 de mayo, legitima a la persona designada en el testamento o a determinados parientes para el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida, es lo cierto que la personalidad se extingue con la muerte y por ello no se vulneran dichos derechos cuando se acuerda practicar la prueba biológica sobre los restos de una persona fallecida, sin que por otro lado se vulnere el derecho a la intimidad familiar de la viuda por la práctica de tal prueba.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de julio de 2004 **185**

OTRAS CUESTIONES

Resolución del contrato de compraventa efectuado por los padres a favor de los hijos al resultar impagada una operación crediticia en la que aquellos eran fiadores, no siendo obstáculo que en la suspensión de pagos de la entidad prestataria el activo fuese superior al pasivo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de junio de 2004 **188**

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

No procede declarar la nulidad matrimonial en base a una supuesta falta de consentimiento, puesto que de la prueba practicada se infiere la existencia de un matrimonio que discurre con «normalidad» durante los cuatro primeros años.
AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 28 de enero de 2005 **191**

No procede la declaración de nulidad del matrimonio, puesto que no consta la supuesta intimidación ejercida por los padres sobre la contrayente, siendo ilógico que quien contrae matrimonio por la presión de sus padres, una vez celebrado el mismo no llegue a convivir con su esposo, y continúe viviendo en el domicilio de aquellos.
AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2005 **192**

No ha lugar a la nulidad matrimonial dado que no se ha acreditado que existiese error en la persona: el actor conoció a la esposa en un viaje a Cuba y al año regresó para casarse con ella.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2005 **193**

PATRIA POTESTAD

Teniendo en cuenta que se ha declarado el desamparo del menor, no es procedente que en el procedimiento de separación de los padres se acuerde la privación de la patria potestad, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en el procedimiento de adopción.
AP Castellón, Sec. 2.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2005 **194**

No cabe privar de la patria potestad al padre porque no existe una dejación en sus funciones: si no ve a la hija también es debido al grado de conflictividad con su cónyuge.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 31 de marzo de 2005 **196**

GUARDA Y CUSTODIA

El solo hecho de que la madre se haya trasladado a vivir a Gran Canaria no justifica el cambio del régimen de guarda y custodia.
AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 17 de enero de 2005 **197**

No ha lugar al sistema de custodia compartida, puesto que este no supondría mayores beneficios para la menor.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 18 de enero de 2005 **197**

La corta edad de la hija –7 años- aconseja que se atribuya la guarda y custodia a la madre.
AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de enero de 2005 **198**

Sin que exista un previo acuerdo entre los progenitores no procede fijar un régimen de guarda compartida.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 28 de enero de 2005 **198**

Necesidad de que los traslados de la menor a Cuba se autoricen por el padre a fin de que sus estancias no puedan prolongarse en exceso e interferir negativamente en su rendimiento escolar.
AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de enero de 2005 **200**

No es determinante para la atribución de la guarda y custodia que el padre se dedicase a la llevanza y recogida de los menores del centro escolar.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 7 de febrero de 2005 **201**

No ha lugar a modificar el régimen de custodia ya que con ocasión de la separación de hecho ya quedó patente el problema psíquico de la madre no haciéndose objeción alguna en ese momento por el padre para que se atribuyera a aquella la custodia de los hijos.
AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2005 **204**

RÉGIMEN DE VISITAS

Dada la escasa edad de los menores se considera más oportuno que el menor siempre pernocte con la madre.
AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de enero de 2005 **204**

No existe causa alguna objetiva para aminorar las visitas, puesto que el comportamiento del padre con sus hijos es normal, habiéndose archivado las diligencias penales por supuestos abusos sexuales.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 19 de enero de 2005 **205**

RÉGIMEN DE VISITAS

Al no haberse determinado la paternidad, no proceden el procedimiento de separación fijar medidas en relación con el menor que nació antes de que actor y demandada contrajesen matrimonio.
AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de enero de 2005 **206**

Procede que, en caso de que por una causa justificada, el padre no pueda recoger al menor cuando le corresponda su compañía pueda hacerlo un familiar.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 25 de enero de 2005 **206**

No procede modificar el régimen de visitas, ya que aunque se constata cierta falta de habilidad por parte del padre para cuidar a una hija de corta edad, dicho problema con voluntad y tiempo se superará.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de enero de 2005 **207**

VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del uso de la vivienda no conlleva siempre la atribución del uso del ajuar doméstico, debiéndose atribuir el segundo a quien acredite un interés más necesitado, en este caso los hijos menores, que se tuvieron que abandonar la vivienda con su madre.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 12 de enero de 2005 **207**

Procede considerar que la vivienda fue cedida gratuitamente a la demandada en virtud de la relación existente entre las partes –cónyuge separada legalmente del hijo de la actora también actor– sin que se fijara un plazo o «uso» determinado, procediendo en consecuencia la estimación de la demanda de desahucio por precario.
AP Madrid, Sec. 10.ª, Sentencia de 12 de enero de 2005 **208**

Las derramas extraordinarias de la vivienda y el IBI deben ser abonados por el cónyuge titular de la misma, mientras que los gastos ordinarios lo serán por el cónyuge que use la vivienda.
AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de enero de 2005 **209**

No resulta procedente fijar un plazo de duración del uso de la vivienda atribuida a la madre y al hijo mayor de edad sin independencia económica, dado que se desconoce cuando pueden cesar o variar las causas que justifican su atribución.
AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de enero de 2005 **210**

El cambio en la guarda y custodia de la menor no tiene por qué suponer la atribución del uso de la vivienda familiar cuando el padre, que es a quien se le atribuye la custodia, convive con su compañera sentimental y dos hijas en otro domicilio.
AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, Sentencia de 14 de enero de 2005 **211**

No cabe atribuir el uso del garaje dado que no puede tener la misma consideración que la vivienda familiar, pues se encuentra dividido en dos locales con entradas independientes desde el exterior.
AP Las Palmas, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de enero de 2005 **211**

Se desestima la demanda de modificación de medidas que pretendía la prórroga de la atribución del uso de la vivienda familiar que se fijó con carácter temporal en la anterior sentencia de separación.
AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de enero de 2005 **212**

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede incrementar el importe de la pensión de alimentos puesto que los niños entre 6 y 4 años, no experimentan obligatoriamente un especial incremento por el transcurso de tres años.
AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 10 de enero de 2005 **212**

Ha lugar a que ambos progenitores paguen por mitad los gastos extraordinarios de los hijos menores, sin que proceda hacer una lista casuística de los mismos, ya que se trata de una cuestión que debe plantearse en ejecución de sentencia.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 10 de enero de 2005 **213**

No procede extinguir la pensión alimenticia a favor del hijo de 26 años que está próximo a concluir sus estudios de arquitectura Técnica, aun cuando haya podido retrasarse algo en terminar los mismos pues se considera que se halla dentro de un plazo razonable de finalización.
AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de enero 2005 **214**

Sería desproporcionado que el importe de la pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la contribución a las cargas matrimoniales superaran el 50 por ciento del salario mensual que percibe el obligado al pago.
AP Ourense, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de enero de 2005 **216**

No procede reducir el importe de la pensión de alimentos puesto que el alimentante no justifica ni las causas del despido, ni que su nueva actividad como autónomo le impida hacer frente a la pensión alimenticia.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 18 de enero de 2005 **217**

No procede incrementar el importe de la pensión de alimentos a favor de uno de los hijos con el argumento de que ha cesado la obligación del padre de pagar los alimentos del otro hijo del matrimonio, sin acreditar las mayores necesidades de la alimentista.
AP Tarragona, Sec. 3.ª, Sentencia de 19 de enero de 2005 **217**

Se desestima la demanda de modificación de medidas en la que se solicitaba la reducción de la pensión alimenticia ya que, teniendo en cuenta la profesión del padre –albañil– es normal que entre que finaliza una obra y comienza otra, permanezca algún tiempo en el desempleo.
AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de enero de 2005 **218**

Aun cuando por el momento no pueda tener efectividad al estar el progenitor ingresado en prisión, se fija una pensión alimenticia en beneficio de las hijas consistente en el 30% de los ingresos que por cualquier concepto perciba.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 24 de enero de 2005 **219**

Procede un incremento en la cuantía de la pensión de alimentos dado que las necesidades de la hija han aumentado al padecer una enfermedad celiaca.
AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 27 de enero de 2005 **221**

La compra de mobiliario para una habitación del hijo menor es un gasto extraordinario dado que es previsible que su duración abarque bastantes años, por lo que no será preciso repetir tal dispendio con una periodicidad más o menos corta.
AP Girona, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2005 **222**

La circunstancia de que el padre tenga ciertas expectativas hereditarias no es motivo para fijar una pensión alimenticia superior a la que procede en atención a los ingresos que actualmente percibe.
AP Barcelona, sec. 18.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2005 **222**

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede reconocer pensión compensatoria dado que la solicitante desarrolla actividad laboral remunerada, actividad que ya desarrollaba con anterioridad a la ruptura matrimonial, siendo intrascendente la duración del matrimonio cuando no existe desequilibrio económico.
AP Las Palmas, Sec. 5.ª, Sentencia de 10 de enero de 2005 **224**

No procede suprimir la pensión compensatoria porque la esposa tenga un nivel de vida superior a la media nacional, o porque haya comprado una nueva vivienda tras la venta de la anterior, habida cuenta que no se han alterado las circunstancias que motivaron la fijación de la pensión.
AP Cuenca, Sec. 1.ª, Auto de 12 de enero de 2005 **225**

La circunstancia de que existan deudas de Seguridad Social pendientes a cargo de la esposa no es causa para otorgarle una pensión compensatoria cuando la misma goza de independencia económica.
AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de enero de 2005 **227**

No ha lugar a reconocer pensión compensatoria a favor de la esposa cuando renunció expresamente a la misma al firmar capitulaciones matrimoniales.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 19 de enero de 2005 **227**

No procede volver a acordar una nueva pensión compensatoria puesto que en el convenio se fijó una por importe de 35.000 pesetas durante 2 años, transcurrido el cual se extinguió.
AP Barcelona. Sec. 18.ª, Sentencia de 19 de enero de 2005 **228**

El desequilibrio económico que justifique el establecimiento de una pensión compensatoria debe ser apreciado en el momento de la ruptura de la convivencia y no después, y por ello, si en el convenio de la separación no se pactó pensión, no procede concederla en el divorcio.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 20 de enero de 2005 **228**

La circunstancia de que la esposa, sin cualificación profesional alguna, se dedique a tareas de limpieza a media jornada, no es causa para extinguir la pensión compensatoria.
AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2005 **229**

Procede declarar extinguida la pensión compensatoria puesto que en el convenio regulador se fijó que la misma cesaría cuando la beneficiaria tuviese un empleo estable, lo que se ha cumplido. No afecta a tal pacto hechos no tenidos en cuenta en aquel momento, como por ejemplo, el padecimiento de una enfermedad posterior.
AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2005 **230**

El hecho de que el esposo se haya jubilado no es causa para extinguir ni reducir la cuantía de la pensión compensatoria cuando el mismo cuenta con un importante patrimonio.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2005 **231**

CONVENIO REGULADOR

Cuando se trata de fijar la cuantía de la pensión alimenticia, no son vinculantes para el tribunal los pactos contenidos en un convenio regulador no ratificado, sin que por otro lado pueda darse plena eficacia al dato contenido en el mismo relativo a los ingresos que percibe el progenitor no custodio.
AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de enero de 2005 **232**

No puede considerarse acreditado que la ahora apelante se viese obligada a suscribir el convenio regulador por miedo: no se concreta, ni justifica, una situación tal que pudiera dar lugar a dicho sentimiento, ni tampoco, que ignorase, entonces, los ingresos del esposo.
AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2005 **233**

CUESTIONES PROCESALES

Desestimación de la petición de medidas cautelares vía artículo 158 del CC cuando está en trámite un procedimiento de modificación de medidas.
AP Córdoba, Sec. 1.ª, Auto de 19 de enero de 2005 **234**

El proceso de divorcio no es el cauce adecuado para ventilar la cuestión del carácter privativo o ganancial de un negocio.
AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de enero de 2005 **235**

Es procedente la imposición de las costas procesales ante la desestimación total de la demanda en la que se solicitaba la devolución de las cantidades pagadas en concepto de pensión compensatoria, al no ser una cuestión encuadrada en la esfera del interés público.
AP Girona, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2005 **236**

La reclamación de cantidades concretas satisfechas por uno de los progenitores con anterioridad a interponerse la demanda matrimonial por los gastos familiares subsumibles en el artículo 4 del CF corresponde ejercitarlo en el declarativo que corresponda y no en el procedimiento matrimonial.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 1 de marzo de 2005 **236**

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No procede acordar que el régimen de visitas se lleve a efecto en el Punto de Encuentro –reservada para supuestos excepcionales– y que se realice un seguimiento psicológico a los menores al no apreciarse que exista motivo alguno para ello. La solución al problema pasa porque el padre solicite el asesoramiento de personas técnicamente preparadas en relación con la forma de comportamiento que ha de tener con sus hijos cuando esté en su compañía.
AP Zamora, Sentencia de 24 de enero de 2005 **237**

Se estima la demanda en la que el ex esposo reclama a la ex esposa las pensiones compensatorias abonadas desde que aquella contrajo matrimonio con un tercero, siendo procedente la condena en costas a pesar de que, interpuesto el procedimiento, se consignase por la demandada la cantidad reclamada.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 24 de enero de 2005 **238**

No procede atribuir efectos retroactivos a la pensión alimenticia fijada en un procedimiento de divorcio.
AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de enero de 2005 **240**

Procedencia de la devolución de las cantidades que la esposa percibió de más en concepto de pensión compensatoria al haber retenido la empresa el porcentaje acordado sobre el salario bruto y no sobre el neto, sin que proceda apreciar mala fe en la ejecutada.
AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 28 de enero de 2005 **240**

Estimación de la oposición a la ejecución en la que se reclamaba cierta cantidad en concepto de gastos extraordinarios dado que nada se estableció al respecto en la sentencia de separación objeto de la ejecución.
AP Baleares, Sec. 3.ª, Auto de 4 de febrero de 2005 **242**

No ha lugar a acceder a la pretensión que el actor ejercita en el divorcio en cuanto a que la esposa le devuelva el importe de las cantidades pagadas en concepto de pensión compensatoria al constar que convive con otro hombre, al no existir prueba mínimamente concluyente del inicio de dicha relación, siendo significativo que conociendo dicha relación el actor no interpusiese en su momento demanda de modificación de medidas.
AP Girona, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2005 **243**

REGÍMENES ECONÓMICOS

Carácter ganancial de las acciones de una sociedad mercantil constituida a los pocos meses de producirse el cese de convivencia entre los cónyuges.
AP Las Palmas, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de enero de 2005 **243**

Responsabilidad de los bienes gananciales por la deuda contraída por uno de los cónyuges en su calidad de administrador de una sociedad mercantil por incumplimiento de sus obligaciones.
AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de enero de 2005 **244**

No cabe duda de que la vivienda es ganancial –ex artículo 1361 del CC–, siendo insuficiente para destruir dicha presunción la presentación de una escritura de aceptación de herencia, en la que se declaró por la heredera que el bien era privativo.
AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de enero de 2005 **245**

No habiéndose señalado plazo para oposición en la providencia que daba traslado a las partes de las operaciones divisorias realizadas por el Contador partidor, procede admitir a trámite el escrito que se presentó trascurridos los 10 días que se establecen en el artículo 787.1 de la Lec.
AP Córdoba, Sec. 1.ª, Auto de 4 de febrero de 2005 **246**

No procede incluir en el inventario, como deuda ganancial, el saldo deudor de la póliza de crédito, puesto que no se acredita que fuera suscrita antes de la separación de hecho, ni que fuera destinada a fines de la sociedad de gananciales.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2005 **247**

No cabe incluir en el pasivo de la sociedad los gastos propios del uso del vehículo que ostenta cada uno de los cónyuges.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2005 **248**

La indemnización por jubilación anticipada tiene naturaleza privativa.
AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2005 **248**

Procede declarar que el terreno adherido a la edificación tiene carácter ganancial en virtud de la accesión invertida, incluyendo en el pasivo el valor del terreno invadido a abonar a quienes acrediten ser los herederos de los propietarios del suelo.
AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2005 **249**

Carácter privativo de la parte indivisa de una finca adquirida por la esposa con dinero ganancial al haberse ejercido por aquella un derecho de adquisición preferente al tratarse el inmueble de un bien hereditario del que ya poseía una parte y que era indivisible.
AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2005 **250**

Es ajustada la indemnización de 60.000 euros a favor de la esposa por su dedicación a las tareas del hogar realizadas durante la vigencia del matrimonio sometido al régimen económico de separación de bienes.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2005 **250**

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se confirma la resolución de la Dirección General de Atención al Menor por la que, tras la situación de desamparo, declara el acogimiento preadoptivo como la medida más adecuada para la protección del menor, ya que tras su nacimiento fue cuidado por una vecina hasta que fue ingresado en un centro residencial.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 19 de enero de 2005 **252**

Es adecuado mantener la declaración oficial de desamparo del menor al constar un episodio de abandono del menor durante varias horas, encerrado en la vivienda, y de la que hubo de ser sacado mediante intervención policial; así como antecedentes del padre que pueden dificultar gravemente una permanente situación de protección del menor.
AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2005 **254**

Es ajustada a derecho la declaración de idoneidad de una pareja no casada de 56 y 59 años para adoptar a un menor.
AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 15 de febrero de 2005 **255**

La supresión de las visitas de los padres biológicos al menor está plenamente justificada desde la perspectiva de que estando abocado el menor a ser acogido, y a la postre adoptado, en un ámbito familiar distinto del suyo biológico, la relación con los padres biológicos debe desaparecer en algún momento.
AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 7 de marzo de 2005 **256**

UNIONES DE HECHO

No se reconoce derecho alguno al integrante de una pareja de hecho respecto a los inmuebles que se compraron constante la convivencia al quedar acreditado que se adquirieron con dinero exclusivo del otro conviviente, sin que pueda declararse que existió una comunidad de bienes entre ambos.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2005 **257**

No se entiende que existiese una comunidad de bienes en la convivencia mantenida durante 13 años entre los integrantes de una pareja de hecho habiéndose adquiridos los bienes con los ingresos exclusivos de uno de ellos, sin que conste una dedicación especial de otro a la familia y tareas domésticas. No modifica la anterior conclusión la circunstancia de que pudiesen tener cuentas corrientes conjuntas o que la conviviente estuviese integrada en la cartilla sanitaria del conviviente.
AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2005 **259**

Atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio, ya que la conviviente, sus hijos fruto de un anterior matrimonio, y la hija común nacida tras la convivencia more uxorio,

pueden trasladarse a la vivienda que anteriormente ocupaba aquella y cuyo uso le fue atribuido judicialmente, sin que sea obstáculo para ello que dicha vivienda se encuentre en la actualidad arrendada, ya que del contenido de las cláusulas se desprende la posibilidad de poder recuperar la vivienda.
AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de marzo de 2005 **262**

No ha lugar a fijar una pensión de alimentos del artículo 14 de la Ley de Uniones Estables de Pareja al no concurrir los presupuestos legales necesarios ni la necesidad de la alimentista.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 4 de marzo de 2005 **264**

CUESTIONES PENALES

Procede condenar a la acusada a la pena de multa como autora de una falta del artículo 622 del CP, al ser consciente del régimen de visitas señalado judicialmente a favor del padre y pese a ello obstruir la práctica de la misma, no siendo la primera vez en que incurre en dicho actuar.
AP Lleida, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2005 **264**

No hay constatación objetiva de los malos tratos, y el informe médico forense sobre compatibilidad del estado de la denunciante con el síndrome de mujer maltratada tampoco es concluyente en cuanto no excluye otra etiología de su estado depresivo, que pudiera ser endógena o reactiva a otro detonante, por lo que se absuelve al esposo del delito por el que venía acusado.
AP Lleida, Sec. 1.ª, Auto de 16 de marzo de 2005 **266**

Es procedente la condena como autora de una falta contra los deberes de custodia de los hijos menores al acreditarse que la acusada actuó deliberadamente con intención de impedir que el padre pudiera visitar a su hija.
AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de marzo de 2005 **267**

RESOLUCIONES DE LA DGRN

MATRIMONIO

Matrimonios civiles entre personas del mismo sexo
Resolución-circular de 29 de julio de 2005 **271**

RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Inscripción de una sentencia francesa de divorcio de un español dictada el 31 de marzo de 1999, de acuerdo con el Reglamento de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000. En caso de que la sentencia de divorcio de 1.ª Instancia sea anterior a la entrada en vigor del Reglamento, pero la posterior de apelación o casación sea ya posterior a tal fecha, el supuesto cae dentro del ámbito de aplicación del citado Reglamento.
Resolución de 12 de noviembre de 2004 **281**

CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

Procedencia de la inscripción de un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, sin que sea obstáculo para ello que dicho contrato se otorgase por el hijo en virtud de un poder conferido a su favor por la madre y que por tanto concurra la figura jurídica de la autocontratación.
Resolución de 8 de noviembre de 2004 **282**

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No puede acceder al Registro de la Propiedad la donación que respecto a una determinada finca ganancial pueda hacer el esposo a favor de la esposa mientras tanto esté vigente la sociedad de gananciales.
Resolución de 25 de noviembre de 2004 **286**

SECCIÓN PRÁCTICA

Vigencia de la pensión compensatoria fijada en la separación si en la posterior sentencia de divorcio no se establece pronunciamiento alguno sobre la misma. Problemática que se presenta. **291**

Casos prácticos. **294**

TRIBUNA ABIERTA

Renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico derivado de la separación o divorcio. Comentario a la sentencia de la AP de Asturias, Sec. 5.ª, de 12 de diciembre de 2000. **305**
Pilar López Marco

La sanción penal de las actividades obstruccionistas del progenitor custodio en relación al cumplimiento de los regímenes de visitas. **315**
Francisco Jesús Sánchez Parra

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Publicaciones, noticias y datos de interés. **321**

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad 331

Guarda y custodia 331

Régimen de visitas 331

Vivienda familiar y ajuar familiar 332

Pensión alimenticia 333

Pensión compensatoria 333

Cuestiones procesales 334

Ejecución de sentencias 334

Regímenes económicos-matrimoniales 335

Procedimientos de menores 336

Filiación 336

Cuestiones penales 336

Otras cuestiones 337

Revista de Derecho de

familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

FRANCISCO JAVIER PASTOR VITA

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Málaga

Sumario

I. CUESTIONES PREVIAS EN TORNO A LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CRISIS MATRIMONIALES

II. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO

III. REFORMA DEL ARTÍCULO 92 CC EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD

IV. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

V. ASPECTOS PROCESALES DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CRISIS MATRIMONIALES

I. CUESTIONES PREVIAS EN TORNO A LA NUEVA REGULACION DE LAS CRISIS MATRIMONIALES

Como cuestión previa, acaba de promulgarse la Ley 15/2005, de 8 de julio (BOE del 9), por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, entrando en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. Esta norma introduce novedades sustanciales en el tratamiento jurídico de las crisis matrimoniales: tras su entrada en vigor, los cónyuges pueden solicitar el divorcio a los tres meses de la celebración del matrimonio, sin necesidad de pasar previamente por el trámite de la separación, que queda reducida así a un procedimiento residual, ni de buscar culpables, al no basarse el nuevo sistema de separación y divorcio en una serie de causas tasadas como hasta ahora, con lo que el proceso de divorcio será, sin duda, menos traumático desde el punto de vista personal, al tiempo que menos costoso desde una perspectiva económica. En definitiva, se instaura ahora un nuevo sistema divorcista no causal que acaba con el principio de culpa que introdujo la Ley 30/1981, de 7 de julio, que estableció ciertas cautelas a la consecución del divorcio, destacadamente la exigencia de una previa separación de hecho o de derecho.

La nueva regulación del divorcio ha merecido el respaldo mayoritario de los autores que hasta el momento se han pronunciado acerca de esta reforma[1], con independencia de las críticas que ciertas organizaciones defensoras del matrimonio y de la familia tradicionales han formulado contra la Ley, alertando de un pretendido «efecto llamada» de esta reforma, como potenciadora del incremento de las rupturas matrimoniales (el denominado coloquialmente como «divorcio exprés»). Pero lo cierto es que la Ley ha sido aprobada con el respaldo prácticamente unánime de todos los grupos parlamentarios, lo que no ha ocurrido, por cierto, con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que permite que puedan contraerlo personas del mismo sexo, y que ha dado origen a una fuerte reacción social por parte de ciertos grupos de presión. En tal sentido, como se ha opinado acertadamente, es posible que la nueva norma que regula el matrimonio entre homosexuales tenga una trascendencia más simbólica que real, a diferencia de lo que, sin duda, ocurrirá con la nueva regulación del divorcio, que sí incidirá de forma evidente en el conjunto de la sociedad[2].

En este trabajo pretendo realizar una primera aproximación a la nueva regulación jurídica de la separación y el divorcio llevada a cabo por la nueva Ley, sin que ello sea óbice para que aborde de manera más sucinta otros aspectos complementarios contemplados en dicha propuesta normativa, en particular los cambios que se imponen en materia de régimen de guarda y custodia de los hijos menores y de pensión compensatoria. Este análisis, no obstante, no puede ni pretende ser exhaustivo, pues resulta evidente que esta Reforma afecta a tantas y tan diversas materias que su estudio requiere, para abordarlas en profundidad, de un análisis más reposado que excede con mucho las dimensiones y pretensiones de este trabajo[3]. Por otra parte, pretendo circunscribir este estudio a los aspectos puramente civiles o sustantivos de la Reforma, aludiendo sólo de manera tangencial a sus aspectos procesales, sobre los que realizo unas reflexiones de carácter general, dejando a los procesalistas la realización de un análisis más atinado de las modificaciones que la Reforma introduce en la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a los procedimientos matrimoniales. No obstante, no he querido eludir la cuestión y pronunciarme al respecto.

Con anterioridad a la actual Reforma, la regulación del matrimonio contemplada en nuestro Código Civil, llevada a cabo con la Ley 30/1981, de 7 de julio, ha sido objeto de numerosas y merecidas críticas por la mayoría de los juristas especializados en materia de Derecho de Familia[4]. Especialmente criticable ha parecido, con razón, la exigencia de separación previa al divorcio, así como el sistema casualizado que imponía para que los cónyuges pudieran

1. *Vid.*, en tal sentido, Lasarte Álvarez, en «Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, de 3 de febrero de 2005, pp. 10 y ss. Cañete Quesada, A., «El anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio», *Diario La Ley*, núm. 6140, 2 de diciembre de 2004, pp. 1 y ss. Pastor Vita, F.J., «Una primera aproximación al Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio», *Diario La Ley*, núm. 6235, 20 de abril de 2005, pp. 1 y ss.

2. Pérez Martín, A.J., en la Presentación del núm. 26 de la *Revista de Derecho de Familia*, enero-marzo de 2005, p. 4, destaca al respecto, citando a Zarraluqui, la escasa incidencia social que ha tenido la ley holandesa que autoriza el matrimonio entre homosexuales, ya que sólo se han casado unas 150 parejas en aquel país.

3. Así, en concreto, no voy a abordar la modificación que se lleva a cabo en la Ley de los artículos 834, 835 y 840 del Código Civil y supresión del párrafo 2.º del artículo 837 del mismo cuerpo legal, por ser una materia correspondiente al ámbito del Derecho de Sucesiones, que escapa de las pretensiones de este trabajo, que voy a circunscribir al ámbito exclusivo del Derecho de Familia.

4. Sobre la evolución histórica del divorcio en nuestro país, merece destacarse Jimenez Muñoz, F.J., «El divorcio en España: unos apuntes sobre su evolución histórica», *Diario La Ley*, núm. 6292, 11 de julio de 2005, pp. 1 y ss.

separarse o divorciarse, no admitiendo la posibilidad de que cualquiera de ellos, unilateralmente y en base a su propia voluntad y libertad personal, pudiese instar no ya el divorcio sino incluso la separación del otro cónyuge, con el que no deseaba convivir, a no ser que fundamentase su acción en alguna de las causas tasadas de los artículos 82 y 86 CC. Ello se complica si tenemos en cuenta el complejo y defectuoso procedimiento de separación y divorcio que impuso la Ley de 1981 en sus Disposiciones Adicionales Quinta (separación y divorcio contenciosos) y Sexta (consensual), muchas de cuyas disfunciones han sido heredadas por la reciente y novedosa Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que si bien, es justo reconocerlo, introduce en estos procedimientos algunas novedades significativas merecedoras de elogio, como son la potenciación de la inmediación judicial y de la oralidad, no por ello resuelve gran parte de los problemas que plantean estos procedimientos matrimoniales, en particular los contenciosos, que se dilatan en el tiempo hasta la desesperación, lo que incrementa innecesariamente el dramatismo y sufrimiento que, en la esfera personal, comporta para los propios cónyuges y para los hijos y familiares de éstos, este tipo de procesos.

No queremos decir con ello que dicha regulación jurídica de la separación y el divorcio careciese de méritos. La Ley de 7 de julio de 1981 rompió con cincuenta años de tradición antidivorcista en España. Ya con anterioridad, la Constitución de 1978 había admitido implícitamente el divorcio en al artículo 32.2, lo que fue confirmado con la nueva regulación dada a los artículos 85 y 86 CC. Es más, el artículo 85 ha hecho extensivo el divorcio a todo matrimonio, «sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración», sin perjuicio de que se trate de un matrimonio canónico, pues no admitirlo atentaría contra ciertos principios constitucionales, como los de no discriminación por razón de religión (artículo 14 CE), de libertad religiosa y aconfesionalidad del Estado (artículo 16 CE).

Es lo cierto, justo es reconocerlo, que la anterior Ley del Divorcio de 1981 ha facilitado el divorcio, siendo en su momento una norma avanzada que ha permitido poner a nuestro país, en esta materia, en el mismo plano que otros países de nuestro entorno, en particular si tenemos en cuenta que esta norma imponía un sistema de divorcio-remedio al que se podía acceder acreditando una separación previa sujeta a unos plazos relativamente razonables y no excesivos, al tiempo que se admitía la posibilidad de que los cónyuges pudieran acceder a la separación y al divorcio de mutuo acuerdo, a través de un procedimiento rápido, en el que el juez se limitaba simplemente a tramitar y dirigir el procedimiento, comprobando el cumplimiento de los plazos legales[5].

Pese a ello, el transcurso de los años ha convertido esa normativa matrimonial en una regulación desfasada y problemática. Normalmente no se planteaban con aquella regulación serios problemas en las causas de separación y divorcio consensuales. En cambio, cuando no existía mutuo acuerdo los problemas surgían, y no sólo cuando se producían discrepancias en torno a las causas de separación o divorcio, sino especialmente cuando se discutían los efectos personales y económicos de la separación y el divorcio. Estos problemas se manifestaban con toda su crudeza no sólo en la separación, sino también en el divorcio que, pese a tener unas causas tasadas, derivadas del cese de la convivencia conyugal durante un cierto período de tiempo variable según el tipo de separación previa, volvía con frecuencia

5. *Vid.*, en tal sentido, Alonso Pérez, «Comentario a los artículos 85 y 86 CC», en AAVV (coord. Lacruz Berdejo), *Matrimonio y Divorcio (Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil)*, Madrid, 1982, pp. 552 y ss.

a ver reproducidas las divergencias al replantear alguno de los cónyuges nuevas medidas o efectos, generalmente con el ánimo de presionar a la otra parte. Por ello, el acceso directo al divorcio, desvinculado de la causa como se prevé en la nueva Ley, permitirá suavizar, que no evitar, la reproducción de toda esta problemática, sin que ninguno de los cónyuges trate de chantajear al otro oponiéndose al divorcio solicitado, a fin de conseguir ciertas concesiones en cuestiones económicas.

Por lo demás, el carácter tasado de las causas de separación contenciosa planteaba el problema de la acreditación de la causa alegada por el actor, acreditación compleja y no siempre posible. La imposibilidad de probar, por ejemplo, la conducta vejatoria del otro cónyuge o su abandono reiterado de los deberes conyugales podía comportar la negativa del órgano jurisdiccional a conceder la separación solicitada. Esta situación ha llevado a ciertos jueces de familia a forzar en los últimos años la letra de la norma para admitir que la desaparición de la *affectio maritalis*, entendida ésta como pérdida del afecto existente al contraer matrimonio y extinción en los cónyuges del deseo de continuarse convivencia, podía ser considerada como causa de separación y divorcio[6]. Pero ello no ha impedido que los pronunciamientos judiciales al respecto hayan sido oscilantes y contradictorios, pues si bien ha existido un cierto consenso en admitir esa desaparición del afecto y amor conyugal como causa de separación cuando era alegada por ambos cónyuges, en cambio numerosos tribunales la rechazaban cuando era alegada únicamente por uno de los esposos con la oposición del otro, considerando que la *affectio maritalis* había de ser recíproca en el matrimonio, por lo que su pérdida tendría que ser igualmente recíproca, considerando que la pérdida de *affectio maritalis* de carácter unilateral no constituiría causa de separación, pues su admisión comportaría admitir la posibilidad de separación sin la concurrencia de causa[7]. Otros tribunales, por el contrario, no han dudado en admitirla como causa de separación, incluso al ser alegada unilateralmente, basando sus resoluciones en el respeto a la dignidad personal de cada cónyuge[8]. Se ha llegado a dar el caso, incluso, de que en determinadas Audiencias Provinciales se dan pronunciamientos contradictorios, según cuál sea la Sección que ha resuelto el recurso de apelación, por lo que, en definitiva, dependía de factores aleatorios para las partes el que el tribunal resolviese en uno u otro sentido, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello comportaba.

Lo que revela esta disparidad de criterios judiciales es el intento meritorio de ciertos jueces y tribunales de forzar el texto de la norma para dar respuesta a ciertas situaciones

6. *Vid.*, en este sentido, el interesante trabajo de Arcos Vieira, *La desaparición de la* affectio maritalis *como causa de separación y divorcio*, Pamplona, 2000, especialmente pp. 71 y ss., en las que la autora analiza la contradictoria jurisprudencia sobre el tema.

7. En tal sentido las SSAP de Navarra de 13 de julio de 1992 (AC 1992, 983), SAP de Madrid de 23 de noviembre de 1999 (AC 2000, @ 132), SAP de Cádiz de 27 de septiembre de 1999 (AC 2000, @498), entre otras muchas citadas y analizadas en texto y en nota al pie por Arcos Vieira, ob. cit., pp. 72 y 73)

8. *Vid*, por todas, las SSAP de Málaga de 15 de octubre de 1998 (AC 1998, 8886) y Barcelona de 8 de octubre de 1996 (AC 1996, 1988). La SAP de Córdoba de 23 de mayo de 1997 (AC 1997, 1062) ha llegado incluso más lejos al considerar que con la mera presentación de la demanda por uno de los cónyuges instando la separación debe entenderse que «cuando uno de los cónyuges da ese 'paso adelante' al tomar tan grave decisión, no hace más que poner de manifiesto la encubierta crisis conyugal..., lo que conduce a encontrar favorable acogida a la separación pretendida, no obstante la oposición del otro consorte; pues de lo contrario, sería condenarles, al menos a uno, a una convivencia impuesta y no deseada. Éste y no otro, es el espíritu que late en la Ley de 7 de julio de 1981, y el que está presente en la realidad social del momento, a lo que los jueces han de ser sensible y de la que no deben apartarse en la aplicación del Derecho (artículo 3.1.º del Código Civil)». En el mismo sentido, la SAP de Barcelona (Sección 12.ª) de 26 de marzo de 2004; SAP de Madrid (Sección 22.ª) de 18 de julio de 2003; SAP de Sevilla (sección 6.ª) de 14 de junio de 2003.

planteadas para las que la ley no daba solución, tratando de este modo de adaptar el texto de la norma a la realidad social actual, lo que chocaba con planteamientos más conservadores que rechazaban de plano que la pérdida de *affectio maritalis* pudiera ser considerada como causa de separación o sólo la admitían cuando era alegada por ambos cónyuges, rechazándola en aquellos casos en que lo era unilateralmente. Todo lo cual demuestra, en definitiva, la inadecuación de la anterior regulación de la separación y divorcio a los nuevos tiempos, haciendo evidente la necesidad imperiosa de reformar el sistema consagrado hace veintitrés años por una regulación que, con el transcurso del tiempo, ha devenido anacrónica.

Todas estas circunstancias han hecho imprescindible la actual modificación de la regulación del Código Civil en materia de separación y divorcio. Esta reforma ha venido siendo reclamada insistentemente por la doctrina y por los propios jueces titulares de Juzgados de Familia, conocedores de primera mano de las insuficiencias de la actual regulación y de los problemas prácticos que plantea su aplicación, pese a lo cual no ha sido abordada en los últimos años, durante los cuales el legislador parece haber huido de llevar a cabo modificaciones de cierta entidad en materias relativas al Derecho de Familia, salvo algunos pequeños retoques en ciertas cuestiones, como la relativa al régimen de visitas de los abuelos a sus nietos, por ejemplo[9]. En los últimos meses se ha operado en nuestro país un cambio de criterio en estas materias, como consecuencia del cambio político operado tras las elecciones del 14 de marzo de 2004, lo que ha propiciado que se aborden ciertos cambios en profundidad en relación al matrimonio. Se ha promulgado recientemente la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con importantes repercusiones en materia matrimonial, pues su artículo 44 modifica el contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la que adiciona un artículo 87, por el que se atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer competencias para conocer de las causas de separación, divorcio y nulidad, en los casos en que la mujer fuese víctima de malos tratos o violencia doméstica [artículo 87.2.b)]. Por otra parte, se ha aprobado recientemente la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que permite la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, al tiempo que se anuncia una futura ley reguladora de las uniones de hecho. Vemos, pues, que las metas del legislador con la reforma que analizamos son más amplias, enmarcándose en un programa legislativo de más altos vuelos. No obstante, creo que hubiese sido conveniente y, sin duda, más valiente por su parte, que el legislador hubiese afrontado de una vez por todas la tarea, necesaria a mi juicio, de recoger en un mismo cuerpo legal todo el Derecho de Familia, tanto sustantivo como procesal, elaborando un Código de Familia moderno y progresista que regule y dé respuesta a las complejas cuestiones que plantea este sector del Derecho Civil, evitando así la dispersión normativa existente en la actualidad, y dando una regulación nueva a los procesos matrimoniales, llegando, incluso, a crear un nuevo suborden jurisdiccional especializado en estas materias[10].

Por último, la ausencia de una nueva regulación del proceso matrimonial es, a mi entender, el defecto más grave de esta Reforma, que nace incompleta, al no ajustarse ni adecuarse los actuales procedimientos matrimoniales contemplados en la LEC al nuevo régimen sus-

9. Cfr., sobre esta reforma, Arias Díaz, M.D., «Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre relaciones familiares entre nietos y abuelos», *Diario La Ley*, núm. 6184, de 7 de febrero de 2005, pp. 1 y ss.

10. En este mismo sentido se expresa Ezquerecocha del Solar, «Reflexiones sobre el Anteproyecto de LEC en algunos aspectos que afectan al Derecho de Familia», en AAVV, *Diez años de Abogados de Familia*, La Ley, Madrid, 2003, p. 167.

tantivo de la separación y divorcio, por lo que se produce una inadecuación entre ambos, con lo cual se anulan las ventajas que comporta el nuevo tratamiento jurídico de estas materias. Realmente la LEC de 2000 viene a reproducir, con ciertas variaciones formales, los viejos procedimientos matrimoniales contemplados en las Disposiciones Quinta y Sexta de la Ley de 7 de julio de 1981, pensados para una separación y divorcio altamente casualizados. Creo que en un futuro no muy lejano tendrá que abordarse esta imprescindible adecuación de la normativa procesal al nuevo régimen de la separación y el divorcio, que deberá configurarse, especialmente en el caso de existencia de común acuerdo entre los cónyuges, como un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Pero lo cierto es que el legislador no se ha atrevido a ir más lejos, posiblemente por temor a la reacción adversa de ciertos grupos de presión de fuerte arraigo en nuestro país[11].

II. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO

Sin duda, la principal novedad contenida en la Reforma en materia de separación y divorcio es la eliminación del complejo sistema de causas que permiten a los cónyuges acceder a la separación y al divorcio, concretándolas en una sola: la propia voluntad (conjunta o unilateral) de ambos o de cualquiera de ellos.

Se inicia la Reforma con la modificación de la redacción del artículo 68 CC[12], en el sentido de ampliar los deberes conyugales básicos contemplados hasta ahora (convivencia, fidelidad y socorro mutuo), al deber común de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de los familiares dependientes (ascendientes y descendientes) que estuvieren a su cargo. Esta nueva redacción de la norma no estaba prevista en el Anteproyecto ni en el Proyecto de la Ley, habiéndose incorporado como consecuencia de la aprobación de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Vasco. Resulta evidente el carácter programático del precepto, digno de elogio en la medida en que supone un avance en la equiparación de derechos y deberes entre los cónyuges. Sin embargo, carece de virtualidad práctica desde el momento que se suprimen a continuación las diversas causas de separación y divorcio, que se podrán solicitar sin necesidad de alegar causa alguna, por lo que el incumplimiento del deber de cuidado y atención de los familiares dependientes no podrá ser alegado ya como causa de separación, como ocurre con los restantes deberes. De ahí que, en mi opinión, resulte algo forzada la inclusión de esta nueva redacción del artículo 68 CC en esta reforma que tiene por objeto dar un nuevo tratamiento jurídico a las crisis matrimoniales.

En cuanto a la separación, se da una nueva redacción a los artículos 81 y 84 CC, al tiempo que se dejan sin contenido el artículo 82, regulador de las causas legales de separación,

11. En efecto, el Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio encontró una acogida desfavorable en el Consejo General del Poder Judicial (a partir de ahora CGPJ), cuya ala conservadora y mayoritaria, emitió con fecha 27 de octubre de 2004, un Informe desfavorable a dicho Anteproyecto, informe que, por cierto, ha sido rebatido en el voto particular emitido contra el mismo por el Vicepresidente del Consejo, don Fernando Salinas Molina, con el apoyo de la minoría progresista del Consejo.

12. El nuevo artículo 68 queda redactado así: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

y el artículo 87, relativo al cese efectivo de la convivencia conyugal[13]. Realmente, la separación se mantiene como una opción de los cónyuges que voluntariamente prefieran el cese de su convivencia sin que ello comporte la disolución del vínculo. Pero es evidente que la separación adquiere un carácter residual frente al divorcio, que siempre puede ser instado por cualquiera de los cónyuges en base a su simple voluntad: el cónyuge demandado de separación podrá siempre reconvenir y solicitar el divorcio sin necesidad de alegar causa alguna, por lo que, en la práctica, la separación sólo será eficaz, cuando sea solicitada por ambos cónyuges de mutuo acuerdo. Todo ello me lleva a considerar que la separación se terminará convirtiendo, en la práctica, en un procedimiento en vías de extinción, limitado sólo a aquellos casos de cónyuges que, de común acuerdo, opten por esta vía para solucionar desavenencias pasajeras sin romper su vinculación matrimonial. La experiencia demuestra que la mayor parte de las separaciones que se tramitan en nuestros juzgados terminan en un posterior divorcio. No obstante, considero adecuado que el legislador haya optado por el mantenimiento de este procedimiento en aras al respeto a la libre determinación de los cónyuges, a los que no se puede forzar a acudir al divorcio, como única alternativa para resolver su crisis matrimonial, pues ello podría atentar contra ciertos principios constitucionales, como el de libertad de conciencia de aquellos cónyuges contrarios al divorcio por motivaciones religiosas o ideológicas. Por lo demás, la nueva regulación no requiere alegar ninguna causa para separarse y los cónyuges que estén tramitando su separación o que ya están separados podrán poner fin a la misma mediante la reconciliación, en cuyo caso ambos deberán ponerlo en conocimiento del juez que lleva o haya llevado el procedimiento, de lo que se infiere que la reconciliación es un acto de carácter claramente recepticio, siendo ineficaz mientras no haya sido puesta en conocimiento del juez que conozca o haya conocido del litigio, exigiéndose además que ambos cónyuges pongan en conocimiento del órgano judicial dicha circunstancia separadamente, lo que no se preveía en el Proyecto de Ley, cautela esta que parece razonable en orden a garantizar que cada cónyuge adopta la decisión de manera libre y consciente (cfr. nuevo artículo 84.2).

Por otra parte, se contemplan, como en la regulación anterior, dos modalidades de separación y divorcio, la consensual y la contenciosa, pero, como hemos destacado, se suprimen las diversas causas de separación contenciosa y de divorcio contempladas en los artículos 82 y 86 CC, bastando con que sean solicitados por ambos cónyuges, por uno de ellos con el consentimiento del otro, o por uno de ellos unilateralmente, sin necesidad de alegar causa alguna, estando obligado el juez a declarar la separación o el divorcio, previa solicitud de la parte interesada. Sólo se exigen ciertos requisitos complementarios para pedir la separación

13. Así. se da la siguiente redacción al artículo 81 CC: «Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio».

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación».

Por su parte, se modifica el párrafo primero del artículo 84, que pasará a decir que: «La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerla en conocimiento del juez que entienda o haya entendido en el litigio».

Igualmente, el artículo 86, regulador de las causas de divorcio, queda redactado como sigue: «Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, o de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81».

o el divorcio: en concreto, el transcurso de un período de tres meses desde la celebración del matrimonio, la presentación por el peticionario de una propuesta de convenio regulador, en el caso de tratarse de un procedimiento consensual, o una propuesta de medidas, en caso de serlo contencioso.

La nueva regulación de la separación y el divorcio se fundamenta en su necesaria adecuación a los valores y principios constitucionales. En tal sentido, se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley que, con esta norma, se trata de potenciar la libertad de los cónyuges en lo referente a la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, con la finalidad de garantizar un mayor respeto al libre desarrollo de la personalidad, consagrado por el artículo 10.1 de la CE, convertido, de este modo, en el fundamento último de esta reforma legislativa[14]. Con dicha finalidad, el legislador admite la posibilidad de reconducir la disolución del matrimonio a un único procedimiento judicial, sin necesidad de que deba acudirse con anterioridad a una separación judicial o de hecho previa, y con la consiguiente reducción de costes económicos y, lo que es aún más importante, personales, lo que no impide configurar la separación como una figura autónoma, como no podía ser menos, para el caso de que los cónyuges decidan, por las razones personales que sean, optar por esta vía. En definitiva, el legislador opta por consagrar el libre desistimiento como causa de disolución del matrimonio, procediendo a suprimir el complejo sistema de causas que contenía el artículo 86 CC. Con ello se logra el necesario ajuste de la regulación del divorcio y el respeto al principio constitucional al libre desarrollo de la personalidad, de tal manera que los cónyuges, conjunta o unilateralmente, sólo tendrán que manifestar ante la autoridad judicial su voluntad de disolver el vínculo matrimonial[15].

De lo expresado se deduce que el legislador toma abiertamente partido por una concepción del matrimonio de naturaleza negocial o, si se prefiere, contractual, regido por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, expresión esta última de principios más generales, en concreto el de libertad y el respeto al libre desarrollo de la personalidad, consagrados constitucionalmente. Consecuencia de ello es que el matrimonio únicamente tendrá validez si ha sido libremente consentido por las partes, de lo que se deriva que si nadie puede ser obligado a contraer matrimonio contra su voluntad, aun menos podrá ser obligado a permanecer en dicho estado contra su propia voluntad, de manera que el matrimonio finaliza cuando cesa el consentimiento, que es la esencia del mismo, hasta el punto de que toda normativa que limite esa libertad de ambos esposos o de uno de ellos libremente expresada terminaría convirtiendo al matrimonio en una forma de esclavitud. A nadie puede imponérsele para toda la vida el sacrificio de convivir con otra persona, pues nadie puede

14. En tal sentido, *vid*. López Aguilar, J.F., «Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, 3 de febrero de 2005, p. 4, para quien el respeto al libre desarrollo de la personalidad comporta conferir una mayor trascendencia a la voluntad de la persona, especialmente en el ámbito matrimonial, cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, bastando para ello que él manifieste su voluntad en tal sentido, lo que no debe subordinarse al paso de un determinado período temporal, pues otra cosa supondría dudar de la propia capacidad del ciudadano de decidir por sí mismo aquello que le conviene en cada momento.

15. Como han puesto acertadamente de relieve Ruiz-Rico Ruiz, J.M. y Casado Casado, B., en «Las uniones de hecho no matrimoniales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, septiembre-octubre de 2004, p. 2332, el sistema de causas que consagra el artículo 86 CC, aun en vigor, puede plantear, incluso, problemas de constitucionalidad, por entender que dicha norma puede atentar contra el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, al imponer dicha normativa a las personas serias trabas que les impiden disolver su matrimonio, obligándoles a mantener su vínculo durante un período de tiempo que puede llegar, en algún caso, a los cinco años, lo que se agrava en el caso de que alguno de los cónyuges aspire a contraer nuevo matrimonio con otra persona, decisión esta que se verá necesariamente aplazada por la necesidad de cumplir esos plazos, lo que supone un evidente obstáculo a la libertad de la persona.

enajenar irrevocablemente su libertad. En consecuencia, el libre desarrollo de la personalidad, que ha ser un elemento prevalente en el matrimonio, lo configura, a mi juicio, como un contrato especial de carácter asociativo en el que la desaparición de la *affectio* entre los cónyuges, o simplemente, la simple voluntad de uno de ellos, por las razones que sean, de no seguir vinculado al otro, justifican el derecho a disolver la unión.

Esta concepción contractual del matrimonio, que se infiere de la nueva regulación de la separación y el divorcio, ha sido duramente criticada por diversos sectores sociales y doctrinales[16]. Discrepo de estas críticas, pues como se ha puesto de manifiesto acertadamente[17], la configuración del matrimonio como contrato comporta la existencia de un acuerdo de voluntades, exteriorizadas mediante unas formalidades, del que se deriva un deseo de convivencia y de reconocer efectos jurídicos al matrimonio. De ello se deduce que no es admisible negar la existencia de la libertad contractual de los cónyuges. Esa libertad se manifiesta en un auténtico derecho fundamental de la persona de carácter facultativo y consagrado constitucionalmente, al servicio del libre desarrollo de la personalidad. El matrimonio surge, pues, por un acuerdo de voluntades entre los contrayentes, con independencia de que el contenido sobre el que recae dicho consentimiento esté regulado por normas imperativas. De ello se deriva que se trata de un contrato especial o *sui generis*, que presenta notas específicas de las típicas modalidades contractuales, de los que se diferenciaría, básicamente en que las partes no están una frente a la otra, ya que sus intereses no son divergentes, sino que persiguen una misma finalidad. Por lo demás, como en los restantes contratos, las partes son libres de poner punto y final a su acuerdo mediante un mutuo disenso o contrato solutorio dirigido a su extinción, pudiendo incluso cualquiera de ellas, poder desistir válidamente del contrato mediante una simple declaración unilateral de voluntad, de carácter recepticio, como determina la nueva regulación del divorcio aprobada por nuestro legislador, eso sí, con la limitación de que, al existir intereses de terceros en juego, dicho desistimiento unilateral requerirá ciertos formalismos, pues en nuestro ordenamiento se requiere aún la previa aprobación de la autoridad judicial. Éste es, sin duda, uno de los puntos flacos de la Reforma: confiere plena libertad a los cónyuges para solicitar la disolución del matrimonio, incluso unilateralmente, sin necesidad de la concurrencia de otra causa legal que no sea la mera voluntad del solicitante, y al mismo tiempo mantiene un procedimiento judicial inadecuado para esta nueva visión de la disolución del matrimonio, en la que el juez no debería tener otro papel que el de declarar la separación y el divorcio, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales para que prospere la solicitud, como sería el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, de manera que su resolución debería tener carácter meramente declarativo y no constitutivo, al menos en lo que se refiere a la disolución del vínculo.

No obstante, abundando en el carácter contractual del matrimonio, hemos de destacar su carácter de contrato especial o *sui generis*, al no tener un contenido genuinamente económico o patrimonial, y cercano al contrato de sociedad. A ello podría oponerse, como

16. En esta línea, el sector conservador del CGPJ, en su Informe sobre el Anteproyecto de esta Ley, se muestra manifiestamente en contra de esta concepción contractualista del matrimonio, al considerar «imprescindible» el mantenimiento de las causas de separación y divorcio, en aras a una pretendida protección judicial del interés de los hijos y del cónyuge más débil, afirmando que «*en materia jurídica, no se concibe un contrato sin causa. Así como sería una aberración jurídica la cancelación unilateral de un contrato (por definición sinalagmático), así también lo es un "divorcio sin causas justificativas": no causas morales, sino causas que jurídicamente justifiquen la denuncia y consiguiente rescisión del contrato bilateral, que es el matrimonio*».

17. Gutiérrez Peña, F., «El matrimonio civil en España», en *Miscelánea de Derecho Privado*, Madrid, 2002, pp. 60-61.

hace el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto de la Ley, la objeción de que al ser el matrimonio un contrato, no podría ser extinguido consensuadamente, mediante un mutuo desistimiento y, aun en menor medida, por desistimiento unilateral de uno de los cónyuges, por lo que se configuraría como necesariamente indefinido. Pero tales objeciones no son convincentes. Así, por lo que se refiere a la duración indefinida del contrato, no hay que olvidar que nuestro ordenamiento contempla diversos casos en que se admite la facultad de desistimiento unilateral del vínculo obligacional[18], en especial en determinados contratos basados en un *intuitu personae* o relación de confianza entre las partes, lo que permite a cualquiera de los contratantes revocar unilateralmente el contrato sin que sea preciso invocar una causa, es decir, sin necesidad de incumplimiento por la parte contraria de sus obligaciones contractuales. Y es evidente que el matrimonio, que sería un claro ejemplo de contrato de naturaleza societaria, forma parte de ese grupo de contratos basado en una relación de confianza entre las partes, un contrato *intuitu personae*, que puede darse por finalizado una vez que se pierde entre los cónyuges o, incluso, en alguno de ellos, esa afectividad, amor o confianza recíprocas que les vincula. Es más, no hay que olvidar que ya en nuestro ordenamiento existe un cierto reconocimiento de ese desistimiento unilateral en el ámbito matrimonial, como se puede observar en el caso de las separaciones de hecho[19].

Otra objeción que podría hacerse a esta consideración del matrimonio como relación contractual es que la Ley, mediante normas imperativas, regula sus efectos, sin que las partes puedan acordar regular su propia relación matrimonial como estimen oportuno. Pero no hay que olvidar que en el contrato matrimonial las partes son libres: lo son para contraer matrimonio, pero también para asumir y aceptar todas las consecuencias y efectos que se derivan de ese vínculo. No hay que olvidar, en tal sentido, que en nuestro ordenamiento existen contratos cuyo contenido viene prefijado por las normas imperativas, los denominados doctrinalmente «contratos normados», sin que quepa dudar de que son auténticos contratos, pese a la interferencia del poder público o el intervencionismo de la Administración y de sus funcionarios o autoridades actuantes (registradores, notarios, jueces, etc.), sin que ello anule absolutamente la autonomía de la voluntad de las partes, sino que ésta se adecua a la voluntad estatal manifestada a través de las normas que regulan estos contratos. Es más, aunque en el matrimonio, los derechos y los deberes de los cónyuges estén regulados en la ley, ello no impide que, una vez celebrado el matrimonio, resulten alterables con relativa facilidad[20], en especial en relación a aquellos deberes conyugales cuya alteración no supone un perjuicio para terceros, sino que se circunscriben a la esfera íntima de las personas.

18. Cfr., los artículos 1732.1.º y 1733 (revocación del mandato) o los artículos 1705 y 1706, que contemplan como causa de extinción de la sociedad la voluntad de cualquiera de los socios lo que en estos preceptos se denomina «renuncia» pero que no es otra cosa que una auténtica extinción de la relación obligatoria por la voluntad unilateral de una de las partes, que puede englobarse en lo que se suele denominar «denuncia» o «receso» de la relación obligatoria (en tal sentido, Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª ed., Madrid, 2001, p. 476).

19. Dicen Ruiz-rico Ruiz, J.M. y Casado Casado, B., ob. cit., pp. 2330-2331, que en aquellas crisis matrimoniales en las que los esposos no desean acudir a la vía judicial, cualquiera de ellos puede decidir unilateralmente el cese de la convivencia, en base al libre desarrollo de la personalidad y al principio de autonomía, sin que existan realmente medios legales que lo impidan, con el único límite del mantenimiento del deber de alimentos del cónyuge que unilateralmente se separa, pues en caso contrario podría incurrir en abandono de familia. Lo cierto es que en nuestro ordenamiento no existe ninguna norma prohibitiva de la separación de hecho, que se contempla, incluso, como causa legal de divorcio, *ex* artículo 86 CC.

20. En tal sentido, Ruiz-rico Ruiz, J.M. y Casado Casado, B., ob. cit., p. 2329, manifiestan que, una vez celebrado el contrato matrimonial, los casados tienen «infinitas posibilidades» de reorganizar su convivencia, en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, pudiendo llegar a alterar o excluir alguno o varios de los deberes cónyugales (la fidelidad, el socorro mutuo, la convivencia, etc.)

En conclusión, en la anterior regulación el peso del intervencionismo estatal era especialmente intenso en orden a controlar la separación y el divorcio, que aparecían así claramente casualizados cuando no existía común acuerdo entre los cónyuges. La nueva regulación, de conformidad con los principios constitucionales de libertad y libre desarrollo de la personalidad, remueve los obstáculos legales que la anterior regulación imponía a la voluntad de los cónyuges en este orden de cosas. Ahora se permite el acceso directo a la separación y al divorcio sin que sea preciso alegar motivo alguno, de manera que la propia voluntad de los esposos (de ambos o de cualquiera de ellos) será causa bastante para interrumpir la convivencia y extinguir el vínculo, sin necesidad de alegar ninguna otra causa, de manera que el juez se limita a verificar la concurrencia de los requisitos legales para que proceda la declaración de la separación y el divorcio, en particular el transcurso de un período mínimo de tres meses desde la celebración del matrimonio.

Este nuevo enfoque de las crisis matrimoniales ha sido también criticado por los sectores más conservadores, alegando que en los restantes ordenamientos de nuestro entorno no se admite como causa de divorcio la voluntad unilateral de uno de los esposos sin la concurrencia de causa alguna o de plazo de reflexión, con la salvedad de ciertos ordenamientos de tradición musulmana, en los que se admite el repudio como forma de disolución del matrimonio. En definitiva, se critica el carácter innovador o excesivamente progresista de la nueva regulación. Este argumento, que encontramos en el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de la Ley, me parece cuando menos equivocado e, incluso, inadmisible. Es cierto que con la nueva regulación nuestro sistema matrimonial se convierte en uno de los más avanzados del mundo civilizado, sin que ello signifique ningún demérito, sino por el contrario el mayor mérito de la Reforma. Es más, existen otros ordenamientos de países avanzados, y no precisamente musulmanes, donde se llega a soluciones similares.

Así, en Gran Bretaña[21], la *Family Law Act* de 1996 parte del principio de que en caso de producirse una ruptura irremediable del matrimonio, éste debe disolverse con el mínimo trastorno para los cónyuges e hijos, por lo que se considera como causa directa de divorcio que el matrimonio esté irreparablemente roto, debiendo los cónyuges admitir esta ruptura, al tiempo que son debidamente informados de las consecuencias y efectos del divorcio. Eso sí, como en nuestro ordenamiento, la Ley inglesa admite un divorcio consensual (*undefended*) y otro contencioso (*defended*), siendo el primero un procedimiento de naturaleza administrativa, que se tramita ante el Country Court del domicilio conyugal, concediéndose un divorcio provisional y, pasados seis meses y previa petición de cualquiera de las partes, uno definitivo. En el procedimiento contencioso, tramitado ante los County Court, órganos jurisdiccionales, la parte demandante sólo tendrá que declarar por escrito la destrucción de su matrimonio (*statement of marital breakdown*), si bien se concede a las partes un período de reflexión sobre la posibilidad de salvar su matrimonio, período de nueve meses, dictándose a continuación sentencia. En conclusión, en el sistema británico bastará a los cónyuges alegar la destrucción irreparable de su matrimonio, mediante una simple declaración escrita, para conseguir que se declare el divorcio que, en caso de ser consensual, se tramitará directamente ante la autoridad municipal, sin necesidad de acudir a la tramitación de un procedimiento judicial.

21. *Vid.*, Aparicio Hackett, A., «El divorcio en Gran Bretaña», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 2, enero de 1999, pp. 245 y ss.

En Alemania[22], se omite igualmente todo reproche culpabilístico en el origen de las crisis matrimoniales, hasta el punto que sólo se admite una única causa de disolución del vínculo matrimonial: la quiebra irreparable del matrimonio. Dicha quiebra se presumirá *iuris et de iure* tras un año de separación, si el divorcio es pedido por ambos cónyuges, o de tres años, si es pedido por uno de ellos[23]. Por otra parte, especialmente avanzados en la regulación del divorcio son los países escandinavos[24]. En Suecia, su Código del Matrimonio (1987) hizo desaparecer las diversas causas de divorcio basadas en la culpa, sustituyéndolas por un solo fundamento del mismo, el mutuo disenso, que se da, incluso, cuando el divorcio es pedido por uno solo de los cónyuges, que deberá ratificarla después de un período de reflexión de seis meses, período que no tiene una finalidad conciliadora, sino más bien el de conceder al peticionario un tiempo de espera o reflexión. En Noruega, la Ley del Matrimonio de 4 de julio de 1991 admite que, para separarse, no es preciso alegar causa alguna (separación *ad nutum*), bastando un año de separación para pedir el divorcio. En Dinamarca, la Ley del Matrimonio de 1969 sigue un sistema similar al noruego, requiriéndose una previa separación (que se podrá obtener sin necesidad de alegar tampoco ninguna causa), si bien su duración no tendrá que exceder de seis meses.

Del mismo modo, en los últimos años el divorcio ha experimentado una progresiva liberalización en diversos Estados de USA, en los que se han suprimido las diversas causas basadas en la idea de culpa, siguiendo en este punto el principio británico de la ruptura irremediable del matrimonio, sin requerirse la concurrencia de ningún otro motivo. Esta línea fue adoptada en primer lugar en el Estado de California, en 1969, que prevé en su Código Civil (artículo 4506) como causa de divorcio, la divergencia irreconciliable entre los cónyuges que haya ocasionado la ruptura del matrimonio (*irreconciliable differences, which have caused the irremediable breakdown of the marriage*), si bien, si el divorcio es contencioso, el Tribunal retrasa la resolución durante un período de treinta días, para dar así a los cónyuges una oportunidad de reconciliarse, mientras que la resolución se dicta de manera inmediata en caso de ser consensual el procedimiento[25].

En Japón, pese al peso de la tradición, tras la Segunda Guerra Mundial, la democratización y modernización del país ha traído consigo importantes reformas en su Derecho de Familia, de clara inspiración en el sistema norteamericano, que han consagrado el principio de igualdad de los esposos ante la ley, previéndose en los artículos 763 y 770 de su Código Civil de 1948 y por la Ley de 6 de diciembre de 1947, sobre la *Shinpan* familiar, cuatro modalidades de divorcio: el divorcio por mutuo acuerdo (artículo 763 CC), el judicial (artículo 770), el denominado divorcio por conciliación cuasi judicial, denominado *Chotei* (artículo 17 de la Ley de 6 de diciembre de 1947), y divorcio mediante sentencia, denominado *Shinpan* (artículo 24 de la misma ley). La primera de estas modalidades, la consensual, es sumamente avanzada. Esta modalidad de divorcio se basa en el principio

22. Esta materia fue reformada por la Ley de 14 de julio de 1976, dándose nueva redacción a los parágrafos 1564-1568 BGB.

23. Si bien, como señala Aparicio Hackett, A., «El divorcio en Alemania», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 8, julio de 2000, pp. 290, la separación a estos efectos debe ser entendida como separación de hecho, bastando con que se acredite el cese de la convivencia, lo que es compatible con el mantenimiento del mismo domicilio.

24. *Vid.*, Aparicio Hackett, A., «El divorcio en Escandinavia», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 3, abril de 1999, pp. 227 y ss.

25. El modelo californiano ha sido adoptado en diversos Estados de la Unión, como Arizona, Colorado, Delaware, Iowa, Florida, Michigan, etc.

de autonomía de la voluntad de los esposos, que regulan entre ellos sus propios conflictos familiares. Tanto el divorcio por conciliación judicial (*chotei*) como el divorcio por sentencia judicial (*shinpan*) se basan en aquél, hasta el punto de convertir el divorcio japonés en uno de los más abiertos y liberales del mundo. En el divorcio por consentimiento mutuo, regulado en el artículo 763 CC japonés, los esposos pueden divorciarse por acuerdo mutuo entre ellos, requiriéndose el cumplimiento de dos requisitos: el consentimiento de los esposos y la simple declaración de éstos ante el oficial del estado civil, cuya oficina reside en el ayuntamiento de la localidad en que hayan contraído matrimonio. En el Derecho Japonés, el matrimonio es un contrato entre los cónyuges que se formaliza en el ayuntamiento mediante la presentación de una declaración escrita y firmada por los contrayentes; de ahí que baste otra declaración ante la misma dependencia administrativa, para que proceda el divorcio, sin necesidad de ulterior aprobación judicial. Es más, si los esposos tienen hijos menores, deberán decidir cuál de ellos ejercerá la custodia sobre los mismos, debiendo señalarse su nombre en el formulario que se presenta ante el oficial del estado civil (artículo 765.1 CC japonés). Se admite la posibilidad de que se inste por cualquiera de los esposos la nulidad de ese divorcio si se acredita que alguno de los esposos incurrió en vicio del consentimiento (dolo o violencia)[26].

Tras este breve recorrido por otros ordenamientos especialmente avanzados y liberales en la regulación del divorcio, observamos que la nueva regulación propuesta en España no supone ninguna revolución, ni rompe esquemas que no se hayan superado en otros sistemas jurídicos, sino que trata de colocarse entre aquellos que contemplan al matrimonio como un contrato que se puede dejar sin efecto por cualquiera de los cónyuges mediante el ejercicio de su propia autonomía de la voluntad. Por tanto, la posibilidad de que los cónyuges puedan acceder directamente al divorcio, sin necesidad de separación previa, está contemplado en otros ordenamientos.

Lo que sí resulta discutible es el requisito establecido en la nueva redacción de los artículos 81 y 86 CC, por el que se exige a los esposos, para poder instar la separación o el divorcio, el transcurso de un período de tres meses desde la celebración del matrimonio. Se establece, no obstante, una excepción en relación a la separación, al disponerse que «no será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos que convivan con ambos». El establecimiento de este plazo de tres meses tiene seguidores y detractores. Un sector no encuentra razones de peso que justifiquen este plazo, que nunca será de reflexión[27], mientras que otros sectores conservadores se muestran partidarios de

26. En caso de que ambos cónyuges quieran el divorcio, pero existiera entre ellos alguna divergencia, se tratará que alcancen un acuerdo. Si no lo alcanzan, podrán pedir al juez de familia que les proponga un acuerdo judicial; es la denominada «conciliación cuasi judicial» o *chotei*, procedimiento típicamente japonés, en el que el juez trata de poner de acuerdo a los cónyuges mediante la intervención de un tercero, un conciliador. Si la conciliación no se alcanza, el juez, teniendo en cuenta el contenido y circunstancias de la conciliación, dicta una sentencia denominada *shipan*, declarando el divorcio, decidiendo el juez los efectos del mismo, si bien cualquiera de los esposos podrá oponerse a esos efectos en el plazo de dos semanas. Finalmente, se conoce también una cuarta modalidad de divorcio de carácter causístico, regulado en el artículo 770 CC japonés.

27. En esta línea, *vid*., López Tena, A., «Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Separación y divorcio», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, de 3 de febrero de 2005, p. 9. Cañete Quesada. A., «El anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio», *Diario La Ley*, núm. 6140, 2 de diciembre de 2004, p. 3. En la mismo sentido se pronunció un sector del CGPJ en voto particular emitido sobre el Anteproyecto de Ley, así como la enmienda al Proyecto de Ley presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario catalán (Convergència i Unió).

la ampliación del plazo[28], al tiempo que existe incluso, una postura intermedia que, aun reconociendo el carácter innecesario de ese plazo, no aboga por su supresión al entender que los propios trámites de preparación del procedimiento de divorcio (interposición de la demanda, admisión a trámite de la misma, etc.) absorberán ese breve plazo, por lo que es innecesario, a efectos prácticos, defender su supresión.

Me inclino sin dudarlo a favor de la postura partidaria de la supresión del mencionado plazo[29], pues como se ha señalado acertadamente, se introduce con ello en el proceso toda la problemática de la causalidad (incidentes, pruebas, etc.) con la única finalidad de abreviar u omitir el plazo requerido para interponer la demanda. Como hemos destacado insistentemente, uno de los mayores méritos de la Reforma reside precisamente en eximir al cónyuge peticionario de la separación o divorcio de alegar causa alguna para alcanzar una sentencia favorable, pues la única causa determinante no es otra que la propia voluntad expresada en la solicitud, desdramatizando así el proceso en aquellos aspectos personales que suelen salir a relucir en los actuales procedimientos contenciosos, cuando realmente de lo que se trata es de reconocer un derecho de la persona, en aras a potenciar la libertad de ésta y el libre desarrollo de su personalidad, que podrían verse perjudicados con esta innecesaria limitación. De hecho, en otros ordenamientos no se exige tal requisito temporal o se limita éste a la concesión al demandante de un plazo prudencial de reflexión una vez presentada la demanda. Esta limitación puede atentar contra el principio de libre desarrollo de la personalidad, al imponer una traba innecesaria a la propia autonomía del cónyuge que desea separarse o divorciarse, lo que me lleva incluso a dudar de su propia constitucionalidad, pudiendo ser, incluso, contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), al denegarse el derecho a solicitar el divorcio a una persona en base a un mero impedimento temporal de nula justificación.

Por otra parte, como ya he dicho con anterioridad, la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer competencias para conocer de las causas de separación, divorcio y nulidad, en los casos en que la mujer fuese víctima de malos tratos o violencia doméstica [artículo 87.2.b)]. Así, en los casos de excepción contemplados en el nuevo artículo 81, será competente el Juez de Violencia sobre la Mujer, y siempre que, previamente, se haya interpuesto por la perjudicada la correspondiente denuncia que haya dado origen a una orden de alejamiento y a la incoación de las correspondientes diligencias penales. Ello requerirá que el Juez de Violencia sobre la Mujer realice una previa valoración de los presuntos malos tratos alegados, al objeto de conocer la procedencia de tramitar la separación o divorcio solicitados o remitirlos al correspondiente Juzgado civil, en caso de no apreciar la concurrencia de esas circunstancias denunciadas. De esta manera, pueden surgir conflictos de competencia entre los Juzgados de Violencia y los juzgados civiles, lo que consumiría un tiempo excesivo, haciendo más aconsejable para la propia maltratada dejar transcurrir esos tres meses y acudir a la jurisdicción civil para lograr una separación o divorcio más rápidos.

28. En tal sentido se pronuncia el propio Informe del CGPJ al Anteproyecto de la Ley. Igualmente, Requero, J.L., «Reformas del Código Civil al servicio de una empresa ideológica», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, de 3 de febrero de 2005, p. 6.

29. Ya me pronuncié en este sentido en Pastor Vita, F. J., «Una primera aproximación al Proyecto de Ley...», ob. cit., pp. 4 y 5.

Por ello, me parece más adecuado que se reconozca a los cónyuges la posibilidad de acceso directo al divorcio desde el momento mismo de la celebración del matrimonio, sin necesidad de establecer ningún período de espera. Se puede alegar, en contra de mi criterio, que, dado que el matrimonio es un vínculo cuya ruptura afecta a terceros (hijos, acreedores, etc.), puede resultar prudente fijar un período de tiempo razonable para que los cónyuges reflexionen sobre las repercusiones que su decisión puede comportar para esos terceros. Pero es lo cierto que estamos ante un derecho de los cónyuges, debiendo estimarse que la decisión es adoptada por ellos (o por aquél de los esposos que decide instar la separación o divorcio) una vez que han sopesado adecuadamente los inconvenientes que su decisión puede reportar a esos terceros.

Por último, el plazo mencionado de tres meses puede ser discriminatorio en relación a la excepción que se establece en al apartado final del artículo 81, extensiva al procedimiento de divorcio, que permite suprimir este plazo en los casos en que la causa de la petición de separación o divorcio se base en «un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos que convivan con ambos». Con ello, además de volverse al causalismo, que no termina de desaparecer, se establece igualmente un trato diferenciado para los cónyuges en atención de su sexo, pues mientras que en el caso de que el cónyuge víctima de esos malos tratos sea la mujer, el procedimiento se tramitará, como hemos visto, ante un juez distinto al que conocería de ese mismo procedimiento en caso de ser la víctima de los malos tratos el esposo varón, situación que se complicará en el futuro cuando se legalicen los matrimonios entre homosexuales, en cuyo caso será competente el juez civil ordinario, salvo en el matrimonio homosexual entre mujeres, en cuyo caso sólo podría tramitarse ante el Juez de Violencia sobre la mujer. Como vemos, se trata de una situación algo kafkiana, fácilmente eludible suprimiendo ese plazo innecesario.

III. REFORMA DEL ARTÍCULO 92 CC EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD

La Reforma que estamos analizando da un nuevo tratamiento al régimen de separación y divorcio, como hemos visto, hasta el punto de que ése es su aspecto más llamativo y por el que, posiblemente la nueva ley será conocida como «Ley del Divorcio», como ocurrió en su día con la Ley 30/1981, de 7 de julio. Pero la nueva norma contempla igualmente otros aspectos atinentes al Derecho de Familia, en particular en relación a la patria potestad y guarda y custodia y a la pensión compensatoria. En relación a la patria potestad y al régimen de guarda y custodia, se da una nueva redacción al artículo 92 CC, más ajustada a la realidad social del momento presente[30].

30. El nuevo artículo 92 queda redactado de este modo:

«1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

En líneas generales considero adecuada la nueva regulación del régimen de patria potestad y de guarda y custodia de los hijos menores de edad, destacando el carácter prevalente del interés superior del menor frente a los de los padres, cuando exista alguna colisión entre dichos intereses. Estimo que el legislador ha actuado con la necesaria prudencia a la hora de limitar el alcance de la guarda y custodia compartida, posiblemente el aspecto más controvertido de la reforma[31]. No obstante, es evidente que no se termina de dar el paso de reformar, de una vez por todas, el polémico sistema de régimen de visitas que se consagra en el Código, claramente limitativo del derecho del progenitor no conviviente[32]. En tal sentido, me hubiese parecido adecuado que, *de lege ferenda*, se hubiese contemplado por nuestro legislador, en atención al interés prevalente del menor, un régimen de visitas continuado, como el existente en Francia, en el que se establecen una serie de exigencias como la de que los progenitores vivan en la misma ciudad y cerca de los centros escolares para que los menores no tengan que cambiar de colegio. Se trataría, pues, de establecer ciertos límites razonables a una custodia compartida indiscriminada, al tiempo que se amplía el derecho al régimen de visitas del progenitor no conviviente, de manera que no se impida a éste a relacionarse con su hijo de una manera satisfactoria, al tiempo que deberían reforzarse las cautelas para que el progenitor conviviente no ponga trabas e impedimentos al ejercicio de este derecho del otro progenitor y del menor a mantener entre ellos una relación fluida. No olvidemos que, constitucionalmente (cfr. artículo 27.3 CE), los progenitores no tienen únicamente deberes, sino también un poder de intervención prioritario en el cuidado y asistencia de los hijos, del que se podría derivar este derecho de los padres no convivientes a tener una relación continua fluida y permanente con sus hijos[33].

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del ministerio fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El juez, antes de adoptar algunas de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.»

31. En efecto, la posibilidad que se abre con la nueva redacción del artículo 92 CC ha sido duramente criticada, como es sabido, desde diversos sectores: por un lado, determinados grupos feministas y asociaciones de mujeres separadas han puesto el grito en el cielo ante la posibilidad de admitir la custodia compartida, en especial cuando es solicitada unilateralmente por uno de los progenitores con la oposición del otro. Por el contrario, otros sectores se han mostrado contrarios al tratamiento que se hace de esta cuestión en la futura norma por considerarlo excesivamente restrictivo en la regulación de la custodia compartida. Esta ha sido cuestionada por Cañete Quesada, A., ob. cit., pp. 3 y 4.

32. En tal sentido, comparto el criterio de Arias Díaz, M.D. (ob. cit., p. 2), si bien la autora lo refiere al régimen de visitas de los abuelos, en el sentido de estimar conveniente que el legislador hubiese introducido la previsión de una precaución consistente en especificar que el convenio regulador podría ser aprobado judicialmente a pesar de un hipotético rechazo del régimen de visitas propuesto, si se estima que es lesivo para el progenitor no conviviente ni para el menor, que entonces podría ser objeto de un procedimiento específico.

33. *Vid.*, en tal sentido, Ruiz-Rico Ruiz, J.M., De la Fuente Nuñez de Castro, M.ªS. y Luque Jiménez, C., «La protección de los menores en el Ordenamiento Jurídico español», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 17, octubre de 2002, p. 61.

Así, en materia de patria potestad, el legislador mantiene prácticamente el sistema vigente hasta con anterioridad a la Reforma, si bien confiere a los progenitores la facultad de acordar en el convenio la determinación de que esa patria potestad sea ejercida sólo por uno de ellos o por ambos, siempre guiados por el interés de los hijos. Por lo demás, sigue siendo ésta una materia en la que se confiere al Juez un gran margen de discrecionalidad a la hora de decidir en cuestiones que normalmente escapan de regulación positiva[34]. En tal sentido, el nuevo artículo 92 CC reconoce a los cónyuges la posibilidad de autorregular el régimen de ejercicio de la patria potestad. Si bien se trata de una autonomía limitada, al ser ésta una materia indisponible, regida por el principio de prevalencia del interés de los hijos menores de edad, lo que permitirá al juez denegar la aprobación del convenio si lo estima lesivo al interés de éstos, sin necesidad siquiera de que el perjuicio que pueda derivarse para ellos sea grave, lo que acredita que el interés de los hijos prevalecerá siempre sobre el de sus progenitores, cuyos pactos, pese a ser fruto del libre ejercicio de su autonomía, no podrán perjudicar el interés supremo de sus hijos[35].

Este interés supremo de los menores aparece garantizado por el legislador en la nueva redacción, de lo que se deriva la subordinación a este supremo interés del que corresponda a sus progenitores, siendo el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, quien tiene la última palabra en la toma de decisiones que afecten a los hijos menores, en los supuestos de separación y divorcio de sus progenitores[36]. La protección de este interés se manifiesta en varios aspectos. Por un lado, el nuevo artículo 92 exige, en relación a la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad, la audiencia de éstos en los procesos matrimoniales de sus progenitores, cuando sí se considera que tienen suficiente juicio, estando además supeditada esta última audiencia a que se estime necesaria para la correcta adopción de la decisión, con lo que se trata de evitar por el legislador el someter a menores de esa edad a una experiencia que puede ser dura para ellos por no haber alcanzado aún una plena madurez psíquica para afrontar sin traumas la crisis matrimonial de sus padres. De esta manera la nueva regulación otorga a los menores el necesario protagonismo en la adopción judicial de decisiones que les afectan[37].

34. *Vid*., Rubén de Marino, «Antólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna en los procesos patrimoniales», en *Diez años de Abogados de Familia*, Madrid, 2003, p. 250.

35. Prueba de ello es que los artículos 103 y 156 CC establecen que el interés del hijo determinará el contenido personal de las medidas que se adopten en relación a los hijos, con lo que se recoge un principio superior de Derecho de la infancia que aparece reconocido en los Tratados Internacionales relacionados con la infancia. En tal sentido, es de destacar que en la futura Constitución para Europa se contiene un artículo, el II-84, dedicado específicamente a los derechos del niño, en el que se dispone que «1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

36. Sobre el interés del menor, *vid.* Ruiz-Rico Ruiz J.M., y García Alguacil, M.ª J., *La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa*, Pamplona, 2004, pp. 90 y ss., para quienes el interés del menor viene determinado por el libre desarrollo de su personalidad, consagrado constitucionalmente en el artículo 10.1.º, siendo precisamente la falta de madurez del menor la que determina la necesidad de que se potencie y estimule especialmente su propia personalidad, en fase de formación.

37. Lo que, por otra parte, no es más que una derivación de lo dispuesto en el artículo 9 de la LO de Protección Jurídica del Menor, en el que se dispone que el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier otro procedimiento administrativo o judicial, en el que esté directamente implicado y que comporte la adopción de una resolución que le afecte en su esfera personal, social o familiar.

Me parece un avance la nueva redacción dada al apartado sexto del artículo 92, especialmente en orden a la valoración que se hace del criterio del propio menor en la determinación del régimen de guarda y custodia que sea más conveniente para él[38]. La actual redacción del apartado sexto del artículo 92, partiendo de la base de que el juez tendrá en cuenta el criterio de los miembros del Equipo Técnico Judicial y del Ministerio Fiscal, establece que tendrá también presente el del propio menor, con independencia de su edad y siempre que tenga un mínimo de juicio. En este sentido, y con independencia de que considere esta medida del todo punto correcta y un avance en relación a la contenida en el Proyecto, estimo que debería haberse admitido el criterio de primar la voluntad o el deseo del menor a la hora de decidir sobre los regímenes de custodia y de visitas, como ha venido admitiendo, por lo demás, cierta jurisprudencia menor que ha considerado que cuando la voluntad del menor está bien formada, por haberse efectuado la exploración correctamente, en el ambiente adecuado y sin la presencia de los progenitores, y con las suficientes garantías para la obtención de una postura o decisión serena y sopesada, la decisión del menor de doce o más años deberá ser decisiva en la decisión judicial[39].

Sin duda, supone un avance la referencia al Equipo Técnico Judicial en lugar del «facultativo», al que se refería el Proyecto, dado que éste parece aludir a un experto en la ciencia médica, mientras que el término Equipo Técnico Judicial es más amplio o genérico y puede hacerse extensivo a otros profesionales (psicólogos, asistentes sociales, etc.) no comprendidos en la anterior denominación y cuyo dictamen puede ser importante para el juez. Además, frente a la referencia a un solo facultativo, el Equipo Técnico Judicial supone la posibilidad de intervención de diversos profesionales, lo que supone un avance, dado que en casos especialmente conflictivos puede ser conveniente la confrontación de diversos pareceres. No obstante, ello está también garantizado con la posibilidad que tienen los padres de proponer dicha prueba pericial y sus propios peritos, correspondiendo al juez acordar o denegar la prueba, lo que estimo que podría hacer en caso de que aprecie por la autoridad judicial que podría ser perjudicial para el menor el someterlo a un excesivo número de sesiones psicológicas en las que interviniesen varios profesionales que representan diversos y contrapuestos intereses. Por lo demás, no hay que olvidar que el dictamen del especialista no es más que una prueba pericial carente de carácter vinculante, de manera que el juez valorará el dictamen del especialista o especialistas conforme a las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta el resto de las pruebas practicadas (cfr. artículo 632 LEC). Entre esas pruebas se tendrán especialmente en cuenta también las propias manifestaciones del menor[40], de manera que ambas pruebas (el dictamen pericial y el resultado de la exploración judicial del menor) son complementarias en la adopción de la decisión judicial.

38. En tal sentido, el Proyecto de Ley no tenía en cuenta el criterio del menor, salvo que éste tuviera doce años cumplidos o, excepcionalmente, si lo consideraba el juez con suficiente juicio para emitir su criterio, y siempre supeditado a otros criterios prevalentes. Sospecho que el prelegislador partía del prejuicio de considerar que el menor podía estar sometido a presiones a la hora de ser explorado, por lo que trató de paliar este peligro disponiendo que el juez, para llegar a una correcta decisión en relación a la determinación del régimen de guarda y custodia y de visitas de los hijos menores, podría de oficio o a instancia de parte, «recabar dictamen de un facultativo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores».

39. *Vid*, en tal sentido, Ruiz-Rico Ruiz, J.M., De la Fuente Nuñez de Castro, M.ªS. y Luque Jiménez, C., ob. cit., p. 59.

40. En tal sentido, Rubén de Marino, ob. cit., p. 252.

Centrándonos en el tratamiento que se otorga a la patria potestad en la nueva Ley, al tratarse de una institución que engloba una serie de derechos y deberes (cfr. artículo 154 CC), entre ellos el de convivencia, es por lo que dispone el nuevo artículo 92 que los padres no quedan exentos de las obligaciones derivadas de la patria potestad por el hecho de la separación, nulidad o divorcio. En tal sentido, como hace frecuentemente la doctrina[41], hay que distinguir entre la titularidad de la patria potestad y su ejercicio, pues en caso de separación o divorcio esta distinción es lo normal. La titularidad de la patria potestad será normalmente conjunta, correspondiendo a ambos progenitores, con independencia de que estén separados o divorciados y no convivan entre ellos. Por ello, el progenitor que no conviva con sus hijos menores de edad, por quedar éstos bajo la guarda y custodia del otro, tendrá que ser consultado por el conviviente en la adopción de decisiones importantes que afecten a aquéllos, pues el progenitor no conviviente seguirá ostentando los deberes derivados de la patria potestad. Otra cosa, prevista en el nuevo artículo 92, es que se prive a uno de los progenitores de la patria potestad cuando se aprecie en el proceso la concurrencia de alguna causa que justifique tal medida. Esta causa será, según el artículo 170 CC, previo incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, que deberá apreciarse en el propio procedimiento.

Distinta de la titularidad de la patria potestad es su ejercicio, que corresponderá a aquel de los progenitores a quien se atribuya la guarda y custodia del menor, con independencia de que el otro progenitor, en cuanto cotitular de la patria potestad, siga ostentado el conjunto de deberes que le corresponden. El artículo 92 permite que los padres puedan acordar en el Convenio regulador, siempre en atención al beneficio del menor, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos; a falta de acuerdo, será el juez quien adopte la decisión, siempre guiado por la protección del interés de aquél[42]. No obstante, esta mención contenida en la nueva redacción del artículo 92, por la que se admite que los propios cónyuges puedan pactar al respecto, parece reforzar su autonomía, pues en cierto modo influye en la decisión judicial, que deberá fundamentar una decisión contraria a lo acordado por los cónyuges en la existencia de algún grave perjuicio al interés del menor que pueda derivarse de ese acuerdo.

En relación a la guarda y custodia de los hijos menores, el legislador se muestra más novedoso. El artículo 92.5 CC permite que los cónyuges puedan acordar en la propuesta de convenio regulador o a lo largo del procedimiento el ejercicio compartido de la guarda de sus hijos menores de edad, lo que el Juez deberá acordar fundamentando debidamente su resolución y adoptando previamente las cautelas que establecen los apartados séptimo y octavo de este mismo artículo. Pero la principal novedad que introduce la regulación de la guarda y custodia compartida, en el apartado octavo del artículo 92 reside en facultar al Juez con carácter excepcional para acordar, la guarda y custodia compartida a petición de uno solo de los cónyuges, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, cuando así lo estime conveniente en beneficio del interés superior y prevalente del menor, por lo que se

41. Godoy Moreno, A., «La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada», en *Diez años de Abogados de Familia*, Madrid, 2003, pp. 318 y ss. Igualmente, Rubén de Marino, ob. cit., p. 252.

42. Aunque el artículo 92 CC, antes de la reforma, prevé que sea el juez quien adopte tal decisión, ello no impide que los cónyuges puedan, de común acuerdo, atribuir ese ejercicio a uno de ellos en el Convenio Regulador de su separación o divorcio. Lo que ocurre es que ese Convenio deberá ser aprobado judicialmente, tras oír al Ministerio Fiscal, por lo que, en última instancia, la decisión de atribuir el ejercicio de la patria potestad a uno de ellos corresponde al juez.

sigue el criterio del artículo 156 CC, según el cual, a falta de pacto entre los cónyuges, la custodia corresponderá al progenitor con el que convivan, lo que se habrá determinado en el auto de medidas provisionales y, posteriormente, en la propia sentencia definitiva. Éste es precisamente el aspecto más controvertido en relación a la guarda y custodia de los hijos menores de edad, lo que ha suscitado numerosas opiniones encontradas, al ser una medida propugnada por importantes colectivos sociales, en particular, por diversas asociaciones de padres separados y diversos colectivos profesionales (abogados, psicólogos, etc.), al tiempo que ha originado un fuerte rechazo por parte de otros grupos y sectores sociales.

Lo cierto es que se ha dado un intenso cambio sociológico en nuestro país desde la aprobación de la Ley 30/1981 que ha hecho necesario modificar el tratamiento jurídico de esta cuestión. La Ley de 1981 siguió el criterio de buscar al progenitor más adecuado para ostentar la guarda y custodia de los hijos menores de edad, dejando de lado, salvo en casos extremos, las causas que habían motivado la ruptura de la relación matrimonial. La práctica ha demostrado a lo largo de estos últimos veinticinco años que, en la inmensa mayoría de los casos, tal atribución judicial se ha concedido a la madre, por la pervivencia de la idea de que los menores están mejor en compañía de sus madres, especialmente los más pequeños. No obstante, esta idea ha comenzado a ser superada y hoy nadie duda de la extraordinaria importancia que tiene para el correcto desarrollo del menor el que ambos progenitores sigan presentes en la vida del niño después de la separación o del divorcio de sus padres. Ello ha ido abriendo las puertas a la admisión en diversos ordenamientos de la custodia compartida o, como prefiere denominarla un sector de la doctrina, custodia alternada[43], que comportaría su atribución rotatoria por períodos, lo que, a su vez, supondría, la convivencia temporal con cada uno de los padres. Se trata de una figura que surge en el Derecho anglosajón, en especial, en los Estados Unidos, donde se adopta, en primer lugar, en el Estado de California, en la década de los sesenta del pasado siglo, siendo posteriormente adoptado por más de treinta estados de la Unión[44], donde se distinguen dos modalidades de custodia compartida (*joint custody*): la primera, en la que el menor reside con uno de sus padres, repartiéndose sin embargo el tiempo entre ambos progenitores (*joint legal custody*), o bien el niño vive con ambos progenitores, repartiéndose la convivencia en la casa de cada uno de ellos (*joint physical custody*)[45].

Se pueden formular diversos criterios acerca de las ventajas e inconvenientes de la custodia alternada. Así, a favor de esta modalidad de custodia destacan las siguientes ventajas[46]:

43. Godoy Moreno, A., ob. cit., pp. 329 y ss.

44. *Vid.* Tamborero del Río, R., «La guarda y custodia compartida», en *Diez años de Abogados de Familia*, Madrid, 2003, pp. 516 y 517.

45. Lo cierto es que la guarda y custodia compartidas son vistas con recelo por la mayoría de los ordenamientos, incluso por los más progresistas o avanzados. En Francia, lo normal es que se atribuya la guarda y custodia de los hijos menores a uno solo de los padres, salvo que sea acordada conjuntamente por ambos la custodia compartida y el juez no estime ese acuerdo contrario al interés del menor. En Italia, la guarda y custodia se atribuye a un solo progenitor y si éste no cumple sus obligaciones, el Tribunal podrá acordar la modificación del régimen a favor del otro (*cambio di afidamento*). En Suecia, aunque se admite la posibilidad de la guarda y custodia compartidas, lo cierto es que la jurisprudencia, en la práctica, tiende a atribuir la custodia de los hijos de corta edad a la madre, pues ésta suele ser la medida más conveniente para ellos, cuyo interés es prevalente. En Dinamarca, en cambio, la atribución de la guarda y custodia se hace a uno de los progenitores, pero sin tener en cuenta las causas de la separación o divorcio. En Bélgica, igualmente, la custodia compartida está permitida pero está mal vista y nunca se adopta contra la voluntad de uno de los padres.

46. Godoy Moreno, A., ob. cit., pp. 330 y ss., hace un interesante análisis de los pros y contras de la custodia alternada, analizando diversas opiniones doctrinales de autores españoles y extranjeros, al tiempo que hace un recorrido por la jurisprudencia menor de nuestros tribunales, básicamente contrarios a esa modalidad de custodia.

1.º Se garantiza con ella la igualdad de los padres y su derecho a asistir y participar en el desarrollo físico y psíquico de sus hijos. 2.º Se podría suprimir el régimen de visitas que da origen a numerosos conflictos y desavenencias. 3.º se garantiza a los propios hijos la posibilidad de una convivencia normalizada con ambos progenitores, pese a los inconvenientes y molestias que supone vivir en distintos domicilios. 4.º Se evitaría en el proceso de separación o divorcio tener que entrar en intimidades o sacar a relucir cuestiones que convertirían el procedimiento en una batalla campal entre sus protagonistas. Si la principal ventaja o mérito que presenta la nueva regulación de la separación y divorcio es precisamente la de «desculpabilizarlos», lo cierto es que será en la discusión de las medidas y efectos definitivos donde se reproduzcan las desavenencias, pues al cónyuge que aspire a ostentar unilateralmente la custodia de sus hijos estará interesado en demostrar que el otro progenitor no es persona adecuada para tener la custodia de aquéllos. No hemos de olvidar, por lo demás, que la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar corresponde a los hijos en compañía precisamente de aquel progenitor al que corresponda su guarda y custodia.

En contra de la custodia alternada podría afirmarse que, aunque no exista ningún obstáculo legal que la impida, lo cierto es que podrá generar cierta inestabilidad emocional y numerosos trastornos en la vida de los menores, que se verán obligados a cambiar constantemente de domicilio y tendrían que adaptarse a familias desconectadas entre sí, como son las de cada uno de los padres tras el divorcio. Por todo ello, el interés del hijo es siempre contrario a esta modalidad de custodia. En definitiva, el interés del menor está por encima del interés de los padres y de su igualdad.

Lo cierto es que, como se ha afirmado acertadamente[47], no existe ningún obstáculo legal que impida la custodia compartida, por lo que la oposición a la misma dependerá más bien de criterios extrajurídicos de tipo psicosocial ajenos al Derecho, pero que deben ser tomados en consideración en la aplicación de las normas, pues éstos deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales que, no lo olvidemos, son los máximos garantes del interés del menor. Ello me lleva a contemplar con cierta cautela la custodia compartida, por lo que considero que deberá acordarse judicialmente con la debida precaución, utilizando como principal y único criterio para decidir sobre la custodia del menor el interés de éste, interés que no vendrá determinado por la voluntad de sus padres, ni siquiera en el caso de que se manifieste en la propuesta de convenio regulador, ni por la voluntad exclusiva del propio menor, sino que deberá ser la discrecionalidad judicial la que, en última instancia y sopesando todos los elementos probatorios del caso (audiencia del hijo, dictámenes periciales y restantes pruebas practicadas en el juicio), pondere y decida lo que estime más conveniente en beneficio de aquél. No hay que olvidar, además, que siempre queda abierta a los padres la posibilidad de interponer con el transcurso del tiempo una demanda de modificación de efectos, si estiman que el régimen de custodia unilateral o compartida acordado por el juez ha fracasado.

Por ello me parece acertada la regulación que establece el artículo 92.8.º, que establece las cautelas y garantías necesarias en orden a velar por el interés de los hijos, cuando la guarda compartida es solicitada unilateralmente por uno de los progenitores. Esta concepción comporta modificar el automatismo por el que muchas sentencias atribuyen a la madre la

47. Godoy Moreno, A., ob. cit., pp. 336 y 337.

custodia de los hijos y a los padres un régimen de visitas muy limitado, desde la perspectiva de que la realidad social evolucionada y la distribución familiar de roles están variando y haciendo que los hijos necesiten por igual a los dos progenitores. No obstante, este paso deberá adoptarse con cautela por el Juez, que deberá ponderar en cada caso su conveniencia para el interés del menor y su estabilidad. En este sentido, ninguna opción deberá ser descartada de antemano.

En definitiva, me parece acertada la posibilidad de que el Juez pueda acordar judicialmente la custodia compartida cuando, pese a no ser solicitada de común acuerdo por ambos progenitores en la propuesta de Convenio regulador, el propio menor no manifieste ninguna oposición a tal posibilidad y el juez, a la vista de las circunstancias del caso, a la edad y al grado de madurez del menor, estime que puede serle beneficioso ese régimen de custodia compartida. En tal sentido, ha venido siendo admitida judicialmente desde hace tiempo la posibilidad de que los progenitores convengan esta modalidad de custodia, siempre que existan causas razonables que lo justifiquen, teniendo en cuenta esa guía que es el interés del menor[48], si bien, en este caso, el juez deberá tomar la decisión con las máximas cautelas. Esas cautelas deberán estar siempre presentes en la decisión judicial, pero es evidente que deberán extremarse al máximo en los casos de discrepancia entre los progenitores en relación a la alternancia en la custodia. Por lo demás, el nuevo artículo 92 establece ciertas cautelas razonables para la no admisión de la guarda y custodia compartida: por un lado, cuando en la tramitación del procedimiento se advierta que alguno de los padres está incurso en un procedimiento penal por un delito grave contra las personas, enumerando los siguientes: por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, lo que consideramos constituye un *numerus clausus*. Tampoco procederá cuando el juez aprecie de las pruebas practicadas indicios de violencia doméstica. Como criterio complementario y exhortativo, se procurará no separar a los hermanos. Dicha resolución deberá fundamentarse siempre y en todo caso en la protección del interés del menor.

IV. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Finalmente, la reforma pretendida trata de dar una regulación de la pensión compensatoria más ajustada a la nueva realidad sociológica actual, acogiendo en ciertos aspectos (temporalidad, autonomía privada en la configuración de la pensión, etc.) las posiciones adoptadas recientemente por la doctrina[49]. En tal sentido, se ha dado una nueva redacción al artículo

48. Cfr. SAP de Madrid (Sección 22.ª) de 8 de marzo de 2002 (recurso núm. 484/2001), en la que admite la custodia compartida por los padres –seis meses cada uno– de un hijo que padece parálisis cerebral profunda, de manera que sean ambos progenitores quienes alternen los cuidados y la dedicación a ese hijo minusválido.

49. En tal sentido, muestro mi discrepancia con el parecer de Lasarte Álvarez, en «Merecido adiós...», ob. cit., p. 11, para quien la modificación operada por el artículo 97 CC es nula y, en consecuencia, innecesaria. Hemos de admitir que se podía haber aprovechado la ocasión para realizar una reforma más en profundidad de la pensión compensatoria y haber abordado algunos aspectos no contemplados, como la posibilidad de renuncia de la pensión con carácter previo a la celebración del matrimonio (*vid*., Pastor Vita, F.J., «La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19, abril de 2003, pp. 25 y ss.), pero en líneas generales se ha reforzado en esta reforma el ámbito de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en esta materia, al tiempo que se refuerza el carácter compensatorio de la pensión y la posibilidad de establecer su carácter temporal, superando así la controversia jurisprudencial, que no doctrinal, al respecto.

97 CC[50]. De la lectura del nuevo precepto observamos, en primer lugar, un reforzamiento de la autonomía privada de los cónyuges en la fijación del *quantum* compensatorio y en la determinación del tiempo de duración del derecho a la pensión. Ello enlaza con el claro pronunciamiento que se hace en el nuevo artículo acerca del carácter compensatorio de la pensión compensatoria. Con ello se supera la vieja polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de la naturaleza de esta pensión[51]. Se hacía, pues, necesario precisar su naturaleza jurídica, pues ello, además de su interés doctrinal, tiene importantes repercusiones prácticas, ya que según sea esa fundamentación deberán cumplirse distintos requisitos para determinar si la misma es o no exigible, o si es o no renunciable. Por lo demás, nos hemos encontrado hasta el presente con un panorama de división doctrinal y jurisprudencial en el que los precedentes de Derecho comparado tampoco nos ayudaban a determinar de manera concluyente cuál sea el fundamento último de esta pensión, dado que se trata de una institución conocida en pocos Ordenamientos y que responde, en ellos, a distintos criterios e, incluso, a diversas modalidades de crisis conyugales[52].

En este punto, estimo oportuno exponer mi posición acerca de cuál sea esta naturaleza de la pensión compensatoria. La actual configuración de la pensión del artículo 97 CC precisa, para que nazca el derecho a percibirla, la previa existencia de un matrimonio y que en el momento de acaecer la ruptura matrimonial se produzca una situación de desequilibrio en un doble sentido: subjetivo (de un cónyuge respecto del otro) y objetivo (estableciendo una comparación de la situación económica de los cónyuges en el momento de acaecer la ruptura matrimonial con la que tenían con anterioridad a la crisis de su matrimonio). En definitiva, ha de acreditarse una situación de desequilibrio perjudicial para uno de los cónyuges, el beneficiario del derecho a la pensión compensatoria, en relación al otro cónyuge y al *status* de vida que tenía con anterioridad a la ruptura matrimonial, de lo que se desprende

50. El artículo 97 CC, tras su nueva redacción, dispone lo siguiente: «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo entre los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1.ª Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.

2.ª La edad y el estado de salud.

3.ª La cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo.

4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.

5.ª La colaboración en su trabajo a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad».

51. Como dice Cañete Quesada, ob. cit., p. 4, el nuevo precepto refuerza el carácter indemnizatorio de esta figura jurídica, quitándole toda dimensión asistencial para la que nunca fue pensada ni concebida por el legislador. Por lo demás, acerca del fundamento de la pensión compensatoria y su carácter simultáneamente indemnizatorio y compensatorio, que admito sin reservas, ya me pronuncié en su día (*vid*., Pastor Vita, F.J., «La renuncia anticipada..., ob. cit., pp. 28 a 36, donde analizo las diversas opiniones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de dicha pensión).

52. El artículo 97 consagra una modalidad de pensión que carece de precedentes en el Derecho español, inspirándose en el artículo 270 del *Code* civil francés (tras la reforma operada en este país con la Ley de 11 de julio de 1975), en el artículo 5 de la Ley italiana sobre divorcio de 1 de diciembre de 1970 y, en menor medida, en los parágrafos 1569 y siguientes del BGB, tal y como han quedado redactados por la Ley de 14 de junio de 1976.

que ésta da origen a un daño o perjuicio, de la que es causa directa e inmediata, ya que ese daño es consecuencia directa de esa crisis convivencial. Lógicamente se trata de un daño de carácter objetivo, originado en una relación causa-efecto, por la separación o el divorcio, dejando de lado toda consideración de culpa de uno de los cónyuges. Ese daño o perjuicio sólo podrá reclamarse por esa vía, no cabiendo otras para resarcirlo, correspondiendo al cónyuge perjudicado reclamarla en vía judicial, en la forma de un devengo periódico, actualizable y sustituible por los cónyuges, previo acuerdo, por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo sobre determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (cfr. artículo 99 del CC). Dicha pensión deberá ser reconocida necesariamente por el juez en las resoluciones de separación o divorcio[53].

En consecuencia, de lo dicho se desprende que la pensión compensatoria tiene un carácter marcadamente resarcitorio, debiendo descartarse en ella un pretendido carácter alimenticio o asistencial. Se tratará de un resarcimiento de carácter objetivo, tendente a corregir, en la medida de lo posible, el desequilibrio patrimonial y económico que la crisis matrimonial genere entre los esposos y que, generalmente, provoca una pérdida de *status* o posición económica de uno de ellos respecto al otro, empeoramiento que ha de medirse en relación a la situación que tenía con anterioridad a la crisis del matrimonio, desequilibrio que, como hemos dicho, deberá ser apreciado objetivamente, desligado de toda idea de culpa. No se trata, pues, de una indemnización en el sentido del artículo 1902, puesto que se trata de un daño objetivado, que es el desequilibrio ocasionado por la crisis matrimonial[54]. El carácter indemnizatorio de esta pensión viene claramente determinado por el artículo 99 del Código Civil cuando permite sustituir el pago de una prestación periódica por la entrega de un capital en bienes o dinero, lo que no sería posible en el caso de tratarse de una pensión alimenticia.

Ahora bien, a mi juicio, la pensión compensatoria, pese a poseer un carácter marcadamente indemnizatorio, trasciende los límites de la mera indemnización para pasar a tener, simultáneamente, un carácter compensatorio tendente a equilibrar, en la medida de lo posible, y en orden a razones de equidad, la desnivelación económica generada por la ruptura matrimonial, primando a aquél de los esposos que se encuentre colocado en peor posición como consecuencia de la separación o divorcio, partiendo, eso sí, de la base de que la pensión compensatoria no tiene por objeto igualar patrimonios ni hacer frente a estados de necesidad, pero sí compensar, en la medida de lo posible, la situación de desequilibrio generada por la crisis matrimonial.

En definitiva, y seguimos en este punto el criterio mantenido por la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de marzo de 1999[55], la naturaleza jurídica de esta pensión es híbrida o mixta, no participando de manera exclusiva de

53. Así se expresa Cañete Quesada, «La pensión compensatoria. Una visión de futuro», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 13, octubre de 2001, p. 48.

54. *Vid.* Roca y Trias, en AAVV, *Cometarios a las Reformas de Derecho de Familia*, vol. 1.º, Madrid, 1984, pp. 223-227; *idem*, *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Madrid, 1999, p. 147.

55. Aranzadi, 1999, Rfª 597. Ponente: Baena Ruiz. Dispone, al respecto, la referida Sentencia que «la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes o antagónicos, sino complementarios, pues para la viabilidad de la pensión que estudiamos será preciso en primer lugar una descompensación entre los cónyuges a causa de la separación o el divorcio y en segundo lugar que el cónyuge en peor posición tenga derecho a un resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el precepto en cuestión».

un carácter concreto, poseyendo, por un lado, un carácter compensatorio, ya que su nota fundamental y punto de partida es el desequilibrio, según dispone el párrafo 1 del artículo 97, dado que ese desequilibrio es *condictio iuris* para que nazca esa pensión, y teniendo igualmente, por otro lado, un carácter indemnizatorio, que es matizado por el anterior, pues, en caso contrario, la mera celebración del matrimonio daría derecho a los cónyuges a solicitar, en caso de ruptura, la nivelación de sus patrimonios, lo que daría lugar a matrimonios de mera conveniencia guiados por el puro interés económico.

Puede apreciarse que la discusión, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, en torno a la naturaleza de esta modalidad de pensión tiene su origen, en nuestro caso, en una deficiente regulación jurídica de esta modalidad de pensión, lo que ha dado lugar a soluciones diversas entre los tratadistas en torno a su naturaleza, con lo que ello implica de inseguridad jurídica. Por ello considero que la nueva redacción del artículo 97 CC da un importante paso adelante al configurar la pensión como compensatoria, con lo que se aclaran los conceptos, despojando esta pensión de todo carácter asistencial. Por lo demás, su carácter claramente diferenciado de la pensión alimenticia tiene una consecuencia fundamental en otro orden de cosas, y es que refuerza el carácter disponible de esta pensión, tanto en el aspecto de su temporalidad como en la determinación de su cuantía, al tiempo que cabe admitir su renunciabilidad, lo que no cabría afirmar de tratarse de una pensión de naturaleza alimenticia, dado que el artículo 151 CC es taxativo al declarar expresamente la irrenunciabilidad del derecho de alimentos, aunque admita la posibilidad de renuncia a pensiones ya devengadas y atrasadas. Atribuir un carácter alimenticio o asistencial a la pensión compensatoria supondría vedar la posibilidad de su renuncia, dado el carácter imperativo de la norma contenida en el artículo 151 CC.

Por otra parte, la nueva regulación potencia la autonomía de la voluntad de los cónyuges tanto en orden a la fijación de la pensión como de la cuantía y condiciones de la misma. En tal sentido se establece como prioritario el acuerdo de los cónyuges en la fijación de esa cuantía, de modo que el juez la determinará sólo a falta de acuerdo entre los cónyuges y teniendo en cuenta los acuerdos anteriores a que hubiesen llegado éstos. Por tanto, cabe la posibilidad de que los cónyuges pacten en la propuesta de Convenio la fijación o no de una pensión compensatoria, su cuantía, la modalidad de pago o su tiempo de duración. Ello responde precisamente a la propia naturaleza compensatoria o indemnizatoria de esta pensión y, en cuanto tal, puede ser sometida al libre juego de la autonomía de la voluntad de las partes. De ello se deduce que la pensión compensatoria, conforme a la nueva redacción del artículo 97 CC, pertenece al derecho dispositivo, no siendo por ello su concesión imperativa, concediéndose judicialmente cuando concurra, además de petición expresa por parte del beneficiario en la propuesta de medidas, la concurrencia de las circunstancias previstas en el párrafo primero del propio artículo 97[56]. De ello se deduce que en materia de pensión compensatoria confluyen la autonomía de la voluntad y la intervención del juez, que habrá de aprobar el convenio libremente pactado por los cónyuges. Lo que sí es cierto es que la

56. Como ponen de relieve Ruiz-Rico Ruiz, J.M. y Casado Casado, B. (ob. cit., pp. 2342 y 2343) muchas de las normas reguladoras del matrimonio no forman parte del estatuto propio del mismo, sino que constituyen un añadido que trata de resolver una serie de conflictos que suelen plantearse en caso de crisis matrimonial, pero que no son exclusivos del matrimonio, sino que pueden darse también en otros tipos de uniones familiares, como es el caso de las uniones de hecho. Son, por tanto, normas que podrían ser perfectamente suprimidas. Entre esas normas destacan las reguladoras de los efectos económicos del matrimonio.

pensión compensatoria se regirá por la propia voluntad de la partes en el sentido de quedar sometida al poder dispositivo de éstas y, en especial, a la autonomía de la voluntad del perjudicado por la ruptura matrimonial, de manera que el juez no podrá acordarla de oficio si los cónyuges no la pactan expresamente en su convenio regulador o si el cónyuge perjudicado renuncia expresamente a ella en el convenio (o en capitulaciones otorgadas ante notario previamente a la ruptura convivencial) o, indirectamente, no solicitándola en el escrito de demanda de separación o divorcio contenciosos[57].

Otra de las novedades que introduce la nueva regulación de la pensión compensatoria es la referida a su posible carácter temporal. Al regular las diversas formas de pago de la pensión compensatoria, se establecen en la nueva regulación tres posibles modalidades, que podrán consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. Se admite, pues, plenamente, la temporalidad de la pensión compensatoria, tema este en el que se han venido produciendo diversos criterios doctrinales y jurisprudenciales. No ha planteado especiales problemas la admisión de esta posibilidad cuando ambos cónyuges han admitido de común acuerdo ese límite temporal en la duración de ese derecho. El problema se ha planteado en aquellos casos en que, existiendo contienda en torno al derecho a percibir una pensión compensatoria o acerca de su duración temporal, el juez puede fijar en la propia sentencia que pone fin a la misma ciertos límites a su duración. Lo cierto es que la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales se ha mostrado, por lo general, recepticia a la posibilidad de fijar tales límites temporales a la pensión compensatoria siempre que concurran dos requisitos: que la limitación temporal sea solicitada por ambos cónyuges con discrepancia en torno a su duración, o cuando sea solicitada al menos por uno de ellos, aun con la oposición del otro[58]. En lo que sí ha existido acuerdo en la jurisprudencia es en no admitir esa temporalidad en los casos en que ninguno de los cónyuges solicita su fijación. Esta tendencia se ha puesto de manifiesto en la legislación catalana, en cuyo Código de Familia, aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio, sin establecer expresamente un límite temporal a la duración de la pensión, incluye entre las causas de extinción del derecho a percibirla (artículo 86), junto con las mismas causas del artículo 101 CC, la de «el transcurso del plazo por el que se estableció», lo que ha supuesto una tímida apertura a la admisión de la posibilidad de fijar

57. En contra, Navarro Fernández Rodríguez, «La pensión en caso de separación o divorcio», *Poder Judicial*, núm. 2, 1986, p. 72, defiende que la pensión compensatoria es de carácter irrenunciable al basarse en un estado de necesidad. En similar sentido, García Cantero, «Comentario al artículo 97 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, Madrid, 1982, pp. 433 y 438, para quien cabe deducir el carácter necesario de la pensión compensatoria y, en consecuencia, de su no renunciabilidad previa a la sentencia de divorcio.

58. Como ha destacado Hijas Fernández, E., «La pensión compensatoria y sus condiciones», en *Diez años de Abogados de Familia*, Madrid, 2003, pp. 475 y 476, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 21 de noviembre de 1989 supuso un hito que ha tenido una gran repercusión en la jurisprudencia menor posterior, al disponer que «la pensión no tiene carácter vitalicio, ni se trata de un derecho absoluto e incondicional, siendo por el contrario relativo y circunstancial, por cuanto dependerá de la situación personal, familiar, laboral y social del que pretende ser beneficiario de quien deba, en su caso, asumir tal carga. Es un derecho condicional por cuanto una modificación de las concretas circunstancias en que la pensión fue concedida puede desde luego determinar su modificación e, incluso, su supresión. Y, sobretodo, es un derecho limitado en cuanto al tiempo de su duración, por cuanto su legítima finalidad 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 (singularmente laborales y económicas) a las que habría tenido de no haber mediado tal anterior vínculo matrimonial, de suerte que su mayor o menor duración en el tiempo y hasta su excepcional y eventual carácter indefinido, estará exclusivamente en función de la mayor o menor dificultad (y, en su caso, imposibilidad) de restablecer, en aquel plano potencial, la situación de igualdad inicialmente perdida....». Resulta especialmente interesante para el estudio de la jurisprudencia menor existente en torno a este tema, los trabajos de González Poveda, P., «La pensión compensatoria temporal», en *Diez años de Abogados de Familia*, Madrid, 2003, pp. 21 y ss.; y, en especial, la magnífica monografía de Cabezuelo Arenas, A.L., *La limitación temporal de la Pensión Compensatoria en el Código Civil (Estudio jurisprudencial y doctrinal)*, Pamplona, 2002.

un límite temporal a la duración de la pensión. La nueva regulación proyectada, haciéndose eco del carácter resarcitorio y compensatorio de la pensión compensatoria, claramente alejada de un carácter alimenticio y asistencial, reconoce la posibilidad de fijar ese límite temporal no sólo por las propias partes sino incluso por el propio juez en la sentencia.

No obstante, considero que el juez deberá determinar ese carácter temporal de la pensión solicitada en determinados supuestos. Así, cuando expresamente lo solicite uno de los cónyuges con la oposición del otro o cuando ambos estén de acuerdo en someter la vigencia de la pensión a un período de duración limitado, pero no se pongan de acuerdo en su extensión. Considero que si ninguna de las partes cuestiona el carácter indefinido de la pensión sino su cuantía, en tal caso el juez podría incurrir en incongruencia si fijara un tiempo limitado de vigencia de la pensión, al no haber sido solicitado por ninguna de las partes. En cambio, no incurrirá en incongruencia si la pensión es únicamente solicitada por uno de los cónyuges sin especificar su duración con la oposición del otro, en cuyo caso estimo que sería factible la fijación de un plazo o la fijación de un determinado acontecimiento (momento de liquidación de la sociedad de gananciales o aquel en que el beneficiario de la pensión obtenga trabajo, por ejemplo), para poner fin al devengo de la pensión. En tal sentido, la fórmula más utilizada hasta el momento y menos problemática es, sin duda, el establecimiento de un plazo concreto de vigencia, a contar desde el momento en que se hiciere efectivo el devengo de la misma, sin que ello conlleve mantener inalterable la pensión hasta el vencimiento del plazo, pues durante ese período podrían darse las circunstancias previstas en los artículos 100 y 101 CC, para la modificación o extinción de la pensión. Para la determinación del plazo de duración de la pensión deberá tenerse en cuenta básicamente el tiempo de duración del matrimonio para calcular en base a ella el tiempo de duración del derecho, sin perjuicio de otros factores individuales de corrección que podrían determinar la ampliación o disminución de ese plazo[59].

Como última observación, hay que destacar el compromiso que asume el Gobierno (Disposición Adicional Única) de garantizar, mediante la futura creación de un Fondo de garantía de pensiones, el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una futura legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos. He de manifestar que echo en falta que el legislador no se haya atrevido a crear directamente dicho Fondo, como se solicitaba en diversas enmiendas al Proyecto de Ley, con la finalidad de garantizar el pago de las obligaciones económicas derivadas de los procedimientos de separación, divorcio, nulidad o alimentos tanto en uniones familiares matrimoniales como en uniones de hecho, Fondo cuya gestión correspondería al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La finalidad del Fondo sería la de cubrir las necesidades más perentorias de las familias sin recursos económicos y que no reciben puntualmente las prestaciones económicas fijadas en las resoluciones y sin posibilidades de que la reclamación legal de las pensiones sea atendida. Mucho me temo que esta declaración contenida en la Disposición Adicional quede reducida a una mera declaración de intenciones sin concreción práctica, lo que el tiempo dirá.

59. Ásta es la opinión del magistrado Hijas Fernández, E., ob. cit., pp. 480-481.

V. ASPECTOS PROCESALES DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CRISIS MATRIMONIALES

Como ya he manifestado con anterioridad, este trabajo pretende ser una reflexión sobre ciertos aspectos de la Reforma de la legislación civil en materia de separación y divorcio, llevadas a cabo sin ánimo de exhaustividad. No obstante, y pese a no ser procesalista, no quiero terminar sin hacer unas breves consideraciones acerca de ciertos aspectos procesales de la nueva regulación del divorcio.

Con esta Reforma, el legislador trata de resolver los graves inconvenientes que presentaba la regulación de las crisis matrimoniales que estableció en su día la Ley de 7 de julio de 1981, pero es lo cierto que se queda a mitad de camino, al no haber acompañado a este nuevo sistema de la necesaria modificación y adecuación de la normativa procesal a la nueva realidad que suponen una separación y divorcios descausalizados. Y es que la respuesta que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil da a los procedimientos matrimoniales, en los artículos 769 a 778, es insuficiente y, me temo que deficiente, pues no evita la lentitud que caracteriza la tramitación de este tipo de procedimientos, en especial en el caso de los contenciosos, al tiempo que comportan un excesivo intervencionismo judicial. En tal sentido, no hemos de olvidar que la nueva regulación de los procesos matrimoniales en la LEC es heredera de la contenida en las antiguas Disposiciones Adicionales Quinta y Sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio. No se termina de poner orden en la complejidad de procedimientos que contemplan las crisis matrimoniales, coexistiendo así, un procedimiento de medidas previas a la demanda principal (las denominadas «medidas provisionalísimas»), las medidas coetáneas que se interponen junto al procedimiento principal, el procedimiento de modificación de medidas, el procedimiento principal, contencioso o consensual, el procedimiento de liquidación de la sociedad ganancial. Este entramado procedimental ha sido aliviado con la nueva LEC, pero no solucionado. Por ello estimo que la reforma procesal es imprescindible para conseguir una rápida tramitación de las acciones de separación y divorcio, pues mucho me temo que el proceso seguirá siendo el gran obstáculo de la nueva Ley del Divorcio. Opino, en consecuencia, que el legislador ha desaprovechado la ocasión para adecuar los procedimientos matrimoniales a la nueva regulación de la separación y el divorcio.

De esta forma encontramos un procedimiento contencioso que está regulado en el artículo 770 LEC, que sigue las pautas contenidas en la Disposición Adicional Quinta de la Ley de 7 de julio de 1981, si bien introduce la novedad de sustituir el procedimiento de los incidentes, que era el procedimiento tipo en la anterior regulación, por otro verbal, con sus propias peculiaridades, entre ellas la necesidad de la contestación escrita de la demanda. Se mantienen las medidas previas o provisionalísimas (artículo 773 LEC) que, como es sabido, se tramitarán en caso de urgencia en la mayoría de los Juzgados, que requieren esta exigencia. Entendemos que, en la práctica, los jueces se negarán a tramitarlas, salvo en aquellos casos en que sean demandadas por una mujer víctima de malos tratos, en cuyo caso serán acordadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el ámbito de sus competencias. Junto a ellas existirán otras medidas coetáneas al procedimiento, las conocidas como provisionales. De hecho, la nueva redacción de los artículos 82 y 86 CC requiere la aportación por el demandante de la separación o divorcio de una propuesta fundada de medidas que hayan de regular los efectos de la separación o divorcio. El procedimiento es más ágil que el anterior de los incidentes, al sustanciarse por los trámites del juicio verbal, con una vista

oral en la que se proponen y practican las pruebas que se estimen pertinentes y un plazo para practicar las restantes, al tiempo que se faculta al juez a decretar de oficio las que estime oportunas.

En relación a estos procedimientos contenciosos, nos encontramos que, con la nueva regulación de la separación y divorcio, el debate se planteará exclusivamente, en la casi totalidad de los casos, en relación a las medidas que habrá de adoptar el juez, en caso de desacuerdo entre los cónyuges. Éste se convertirá, prácticamente, en el único tema debatido. La futura Ley, al suprimir el sistema de causas que daban origen a la separación y el divorcio, limita la polémica prácticamente a este tema. En el actual procedimiento contencioso, el juez dicta sentencia en la que se declara haber lugar o no a la separación o el divorcio instado por uno de los cónyuges con la oposición del otro, al tiempo que se aprueban las medidas definitivas que han de regir entre ellos. Aquí surge el gran problema: al tramitarse la separación o el divorcio junto a las medidas propuestas por la parte actora, volverán a replantearse de nuevo las causas que dan origen a la crisis matrimonial, de manera que la discusión de las cuestiones económicas traerá consigo que nuevamente se planteen las viejas infidelidades, vejaciones, intimidades sexuales,... que dieron lugar a la crisis, y de nuevo los hijos serán utilizados como moneda de cambio o arma arrojadiza para obtener ciertas ventajas económicas. En definitiva, el mérito de la Reforma, que es grande, queda desvirtuado. Como se ha denunciado acertadamente por la doctrina, en especial por aquellos autores que conocen por propia experiencia profesional la realidad práctica del proceso matrimonial[60], lo que ocurre en esta clase de procesos es que el objeto principal no plantea normalmente problemas serios, mientras que es el objeto «anejo» al principal el que realmente complica las cosas. En efecto, durante la tramitación del procedimiento, el juez deberá adoptar unas medidas provisionales que podrán ser elevadas a definitivas en la sentencia o modificadas en ella según las pruebas practicadas. Y es precisamente en este punto donde normalmente surgen las controversias.

En el caso del divorcio, cabe plantearse especialmente hasta qué punto no sería necesario separar procesalmente la adopción de estas medidas y la declaración del divorcio. No hay que olvidar que, en relación al asunto principal, la resolución del juez deja de ser constitutiva para ser meramente declarativa, al limitarse a verificar la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para su declaración (comprobación de la celebración del matrimonio y fecha de celebración del mismo), verificación que podrá efectuarse en el momento mismo de admitir a trámite la demanda, por lo que sólo será necesario el trámite de dar traslado de la misma al demandado para que alegue lo que convenga a su derecho, pudiéndose, en el caso de que la oposición del demandado se limite a las medidas propuestas de contrario y no al asunto principal, dictar sentencia declarativa del divorcio, con independencia de que la tramitación de las medidas siga su curso independiente en fase de ejecución de sentencia, al menos en relación a los aspectos más conflictivos de estas medidas, de manera que la adopción de las mismas no pueda obstaculizar o dilatar excesivamente la declaración del divorcio. En tal sentido, estimo que el proceso de ejecución de sentencia es la fase adecuada para la determinación de las medidas definitivas, cuando tal determinación no se hubiere llevado a cabo en la propia sentencia. No hay que olvidar, a este respecto, que

60. *Vid.*, Almagro Nosete, «Reflexiones acerca de los procesos matrimoniales diez años después», en AAVV, *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991). Resultados y experiencias*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1992, pp. 237-238.

una de las novedades meritorias que introduce la LEC al regular estos procedimientos es la consistente en establecer la firmeza de la sentencia de divorcio (o separación) en cuanto a la decisión principal, si ésta no es objeto de recurso (cfr. artículo 774.5 LEC). Con ello se evitará la situación existente con anterioridad a la LEC, que impedía la posibilidad al demandante de poder contraer nuevo matrimonio mientras estuviese pendiente el recurso, aunque en el mismo no se hubiese impugnado la decisión adoptada respecto al divorcio, no existiendo en consecuencia posibilidad de que se altere la resolución adoptada en relación a la disolución del vínculo, salvo que el recurso se funde en quebrantamiento de forma, en cuyo caso sí afecta también al pronunciamiento principal. En el supuesto de que ello no ocurra, no existe ningún obstáculo que impida la firmeza de la sentencia sobre ese particular[61].

En cuanto a la separación y divorcios consensuales, la nueva regulación de los artículos 81 y 86 CC mantiene la necesidad de adjuntar una propuesta de Convenio Regulador recogida en el artículo 90 CC. Respecto a la ratificación, no fija ningún plazo para la misma, con el grave inconveniente que ello comporta si el procedimiento se sustancia en un juzgado con especial sobrecarga de trabajo o especialmente lento. Habría sido necesario reformar también este proceso, creando un procedimiento sencillo y claro en el que se evitasen las repeticiones y dilaciones innecesarias. Es más, considero que habría sido conveniente admitir la posibilidad de tramitar la separación y divorcio consensuales como un procedimiento de jurisdicción voluntaria. No observo ningún obstáculo de peso que impida tal posibilidad y, de hecho, hemos visto cómo en otros ordenamientos se puede incluso tramitar el divorcio consensual en vía administrativa. No existe, en principio, ningún impedimento para que se tramite directamente ante el Juez encargado del Registro Civil, bastando con la interposición de una solicitud de ambos cónyuges o de uno de ellos con el consentimiento del otro, acompañada de una propuesta de Convenio, que el Juez aprobaría, una vez ratificados los cónyuges en un breve plazo de tiempo, Convenio que sería aprobado automáticamente en caso de inexistencia de hijos menores de edad, o, en caso de haberlos, tras dictamen favorable del Ministerio Fiscal, sin necesidad de otros trámites. Esta solución permitiría además potenciar la mediación como una solución adecuada para solucionar los conflictos de pareja, como se apunta en la propia Exposición de Motivos de la Ley. Por lo demás, la regulación aún en vigor prevé la aprobación judicial del Convenio, tras recabar informe del Ministerio Fiscal acerca de los términos de éste que afecten a los hijos y oírlos si tuvieren suficiente juicio, pues no hay que olvidar que el interés de los hijos menores es y debe ser siempre el prevalente. De ahí que la exigencia de oír a los hijos venga avalada por la propia Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (artículo 9).

Pero lo cierto es que el legislador ha optado por limitarse a reformar ciertos aspectos parciales de la LEC, con el objeto de adaptar los procedimientos en trámite en el momento de entrada en vigor de la norma, con la finalidad de que, por vía de reconvención, pueda transformarse un procedimiento (consensual o contencioso) de separación en otro de divorcio. Se modifica a tal efecto la regla 2.ª del artículo 770 LEC en el sentido de determinar que la reconvención se proponga con la contestación a la demanda, cuyo plazo de contestación es de diez días, estableciendo como causas de admisión de la reconvención el que

61. Cfr., en tales términos, Muñiz Menero, F., «Los procesos matrimoniales en la nueva LEC», en *Diez años de Abogados de Familia*, Madrid, 2003, pp. 297-298.

ésta se funde en algunas de las causas de nulidad del matrimonio, o cuando el cónyuge demandado de separación o nulidad pretenda el divorcio o el demandado de nulidad pretenda la separación, lo que se hace extensivo al demandado que pretenda que se adopten como definitivas ciertas medidas no solicitadas por el actor en el escrito de demanda y sobre las que el juzgador no deba pronunciarse de oficio. Estimo acertada esta nueva redacción del artículo 770 LEC, al adecuar el ámbito de la reconvención a la nueva regulación de separación y divorcio. Al no ser preceptivo la previa separación para poder instar el divorcio, parece lógico que el demandado de separación (o de nulidad) pueda instar el divorcio. Se prima el divorcio frente a la separación y a la nulidad, lo que nos parece razonable atendiendo a la propia *ratio* de la nueva normativa. Esta regla se completa con la modificación del párrafo 2 del artículo 775 LEC por la que se determina que esta reconvención se sustanciará por los trámites del procedimiento contencioso, pero establece una salvedad si la petición se hiciere por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro, en cuyo caso se sustanciará por los trámites del procedimiento consensual del artículo 777 LEC, lo que no exige más comentario que destacar la intención del legislador de facilitar el procedimiento consensual frente al contencioso[62].

Ahora bien, a nuestro juicio, no basta con una mera reforma de los diversos procedimientos, si dichas modificaciones no van acompañadas por un cambio sustancial en la propia organización judicial, esto es, de reformas de carácter organizativo y estructural, que vendrá determinada por una generalización de los juzgados de familia, la potenciación de los funcionarios especializados en estos asuntos adscritos a estos juzgados (asistentes sociales, psicólogos, etc.) En este orden de cosas, podría ser eficaz, como se ha propugnado por algunos miembros de la judicatura, la creación de un suborden jurisdiccional especializado en estas cuestiones, lo que exigiría la implantación en las Audiencias Provinciales de Salas de Familia especializadas. Por lo demás, hemos de reconocer cómo uno de los mayores logros introducidos por la nueva LEC reside en la admisión de la posibilidad de recurrir en casación por infracción de la ley sustantiva de las resoluciones en materia matrimonial dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (artículos 477 a 489 LEC), superando la situación anterior en la que sólo el Ministerio fiscal podía interponer tal recurso en interés de ley, lo que facultará a las partes recurrir en esta vía y que con el tiempo permitirá que se vaya formando una doctrina jurisprudencial consolidada en estos temas, en los que hasta ahora ha imperado una gran dispersión y evidentes contradicciones en las sentencias de los tribunales de instancia.

Como última observación en relación al procedimiento, hay que destacar el mandato que el legislador hace al Gobierno (Disposición Adicional Tercera de la Ley) para que en un futuro remita a las Cortes un Proyecto de Ley sobre Mediación Familiar, basada en los principios establecidos en la normativa comunitaria, así como en los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas. En tal sentido, la ley reconoce a la propia iniciativa de los cónyuges no sólo la facultad de crear un vínculo entre ellos, contrayendo matrimonio, o de suspenderlo o destruirlo, mediante los procedimientos de separación, nulidad y divorcio, sino también la de recuperar su convivencia, con anterioridad a la de-

62. Por lo demás, la Disposición Adicional Primera de la Ley modifica diversos aspectos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, cuya trascripción literal en este lugar resultaría demasiado prolija, por lo que me remito al texto de la propia norma.

finitiva disolución del matrimonio, mediante la reconciliación, a la que ya nos referimos, y mediante la mediación[63]. Se prima así una concepción de la mediación diferenciada de otras figuras afines, como puedan ser la conciliación y el arbitraje, en el sentido de considerar la mediación como una negociación entre los propios cónyuges en la que interviene la ayuda y colaboración de un tercero, el mediador, con la finalidad de evitar toda confrontación y en orden a alcanzar una solución al problema, mediante la potenciación del diálogo, evitando malos entendidos, aclarando los problemas y buscando soluciones aceptables para las partes[64], lo que responde, en el ámbito de las crisis matrimoniales, al carácter contractual del matrimonio. Además, ello se ve reforzado por el hecho del carácter voluntario del sometimiento de los cónyuges a la mediación, pues es evidente que ésta no puede imponerse contra la voluntad de ambos o de alguno de ellos[65].

Ello justifica la inclusión en la nueva Ley de esta Disposición Adicional Tercera, no prevista en el proyecto de la Ley, lo que nos parece plenamente acertado. No hemos de olvidar que ya el propio Consejo de Europa (Recomendación 1/1998), instó en su día a los Estados miembros a crear servicios de mediación familiar para la resolución de conflictos familiares, lo que se ha visto corroborado por ciertas Comunidades Autónomas, que disponen de sus propias leyes de mediación[66], así como por la reciente Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en cuyo artículo 44 se reconoce, a *sensu contrario*, la mediación en los procesos judiciales de orden civil. Ello ha dado origen a la presentación de una serie de enmiendas al Proyecto de Ley del Divorcio por parte de diversos grupos parlamentarios en orden a la inclusión de una disposición que establezca el compromiso gubernamental de elaborar un Proyecto de Ley de Mediación que esperemos sea realidad en un período razonable de tiempo, dado que la mediación puede tener una gran eficacia en orden a resolver no ya las crisis conyugales, sino especialmente, aspectos concretos de estas crisis como son la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad, el régimen de visitas o la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

63. *Vid*. Tena Piazuelo, I., «Primeros pasos legislativos de la Mediación Familiar en España», en *Estudios Jurídicos* en homenaje al Profesor Luis Diez-Picazo, tomo III, Madrid, 2003, p. 4974.

64. *Vid*. Bernal Samper, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de pareja*, Madrid, 1998, p. 53.

65. Por ello, no hubiera estado de más que el referido texto de la Disposición Adicional Tercera se hubiese incorporado una mención expresa al carácter voluntario de la mediación, como proponía en una enmienda el Grupo parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, en el sentido de que «En todo caso, la mediación familiar deberá ser aceptada por los cónyuges, sin perjuicio de su derecho a acceso a los tribunales».

66. Tales como Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña; Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de Galicia; Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma Valenciana, y la Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias.

MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO: INCONGRUENCIAS EN SEDE DE ADOPCIÓN

MARÍA LUISA VALLÉS AMORES

Doctora en Derecho. Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante

El Proyecto de la Ley, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, fue presentado al Congreso el día 12 de enero del presente año. A partir de esta fecha, la trascendencia social de esta regulación ha superado a otras temáticas coetáneas, asimismo, de gran dimensión social. La opinión pública en pocas ocasiones ha tenido un papel tan relevante como el asumido en esta ocasión, en la que las posiciones contrarias a la admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo, han defendido sus argumentos frente a quienes mantienen con rotundidad la institución matrimonial con independencia del sexo entre los contrayentes.

Con fecha de 2 de julio ha sido publicada en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

La Exposición de Motivos de la reseñada Ley justifica la relación de convivencia de pareja, basada en el afecto, como «expresión genuina de la naturaleza humana», señalando que «constituye el cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Por lo que en consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja. Esta garantía constitucional del matrimonio, sigue diciendo la Exposición de Motivos, tiene como consecuencia que el legislador no puede desconocer la institución ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico».

En su justificación, señala que no cabe al legislador ignorar lo evidente como son los diversos modelos de convivencia de la Sociedad española, destacando, por la materia propia de esta Ley, la convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la relación de afectividad, a través de la que se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas.

Con independencia de las valoraciones que actualmente pueden realizarse sobre la admisión social de matrimonios entre personas del mismo sexo, mi finalidad, en este breve comentario a la novedosa Ley, se limita a poner de manifiesto una serie de incongruencias que, a mi juicio, se producen respecto a otras relaciones de pareja, basadas en la afectividad y permanencia que, sin ningún tipo de duda, gozan de aceptación social; habiendo sido reguladas por la generalidad de los Parlamentos Autonómicos y a la espera de una regulación estatal.

En este contexto, el partido del Gobierno anunció que no reconocerá ningún nuevo derecho a estas uniones, puesto que en breve cualquiera podrá contraer matrimonio, y dar nuevos derechos a los no casados es una discriminación[1]. A mi entender, según expondré a continuación, con la Ley que enjuiciamos se ha producido una restricción en los derechos que las uniones de pareja heterosexuales ostentaban en sede de adopción.

La regulación de las condiciones subjetivas que han de cumplir los adoptantes se encuentra recogida en los artículos 175 y siguientes del Código Civil, siendo desarrollada, dentro de los límites competenciales, por las respectivas legislaciones autonómicas. En base a la citada regulación, cualquier persona mayor de veinticinco años que haya sido considerada idónea para el ejercicio de la patria potestad puede ser adoptante unipersonal. Estos requisitos de carácter general se complementan con otras exigencias en relación al concreto adoptando de que se trate. Si la adopción es conjunta –reservada, hasta este momento, a los cónyuges y a las uniones de hecho de carácter heterosexual con algunas reservas[2]– cumpliendo asimismo las exigencias de carácter general, bastará que uno de los adoptantes tenga la edad mínima exigida.

Según señalaba en líneas precedentes, la nueva Ley, al realizar una nueva redacción del artículo 175.4 del Código Civil, restringe los derechos a la adopción conjunta que ostentaban las uniones de pareja de carácter heterosexual; derechos que tanto el texto articulado del Código Civil como la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, atribuían a estas realidades extramatrimoniales[3].

En principio, dentro del articulado del Código Civil, la adopción conjunta quedaba reservada a los cónyuges, siendo asimilables al matrimonio en cuanto a la adopción simultánea –a través del cauce de la Disposición Adicional reseñada, y con la reserva jurisprudencial de la existencia de una falta de uniformidad–, las uniones de pareja de carácter extramatrimonial[4]. Sin embargo, en la posición de las uniones de pareja se ha producido un cambio considerable, en sede de adopción, con la nueva redacción del número cuatro

1. *Diario Información de Alicante*, *de* 15 de octubre de 2004, página nacional, i 35.

2. *Vid.* mi obra, *La adopción. Exigencias subjetivas y su problemática actual*, Madrid, 2004, en la cual se realiza un análisis de la problemática que presentan actualmente los requisitos subjetivos de la adopción.

3. Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987: «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por una relación de afectividad análoga a la conyugal».

4. En este sentido, jurisprudencialmente existen diversos criterios en cuanto a la asimilación de las uniones extramatrimoniales de carácter heterosexual con los cónyuges en diversos ámbitos en esta sede. Sirva como exponente la ausencia de uniformidad en las decisiones judiciales sobre la exención de la propuesta previa de la Entidad Pública establecida del artículo 176.2.2.ª del Código Civil, o la aplicación a las uniones extramatrimoniales del artículo 178.2 del mismo Texto legal.

del artículo 175 del Código Civil disponiendo que «nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado».

Las consecuencias derivadas de la nueva redacción del artículo 175.4 del Código Civil, producirán, sin duda, una problemática legal y social de gran dimensión; advirtiendo de que en cualquier caso, todavía, se siguen planteando interrogantes acerca de la aplicación de la normativa de adopción plural, que el Código Civil establece para los cónyuges, a las uniones extraconyugales de carácter heterosexual.

La nueva dicción del precepto reseñado imposibilita expresamente que las uniones de pareja puedan ser adoptantes simultánea o sucesivamente, puesto que se reserva la forma conjunta y sucesiva a los unidos en matrimonio.

Las dudas suscitadas con la que ha sido –hasta este momento– actual regulación, y que han dado lugar a una jurisprudencia contradictoria (sobre la posibilidad de que, al amparo de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de adopción de 1987, pudieran adoptar las uniones de pareja de carácter heterosexual conjuntamente, o un miembro de la pareja al hijo biológico o adoptado del otro sin necesidad de propuesta previa de la entidad pública, así como la dispensa de edad de uno de los componentes de la unión, en su caso), a partir de este momento carecen de sentido por la categórica prohibición que se prevé pueda regir.

La imposibilidad de que las uniones de pareja puedan adoptar de forma plural se establece con doble carácter, puesto que la segunda parte del precepto que comentamos dispone seguidamente que «el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte». Por si pudiera restar alguna duda en la interpretación del primer inciso del artículo 175.4 en relación con la Disposición Adicional Tercera, la permisión de que el matrimonio posterior permite la adopción del que, hasta ese momento, era sólo hijo de uno de los cónyuges, *a sensu contrario*, reitera la imposibilidad de adopción sucesiva por los integrantes de las denominadas parejas de hecho.

En este mismo contexto se produce, a mi juicio, un defecto de técnica legislativa, puesto que si no cabe duda de que la adopción conjunta quedará reservada exclusivamente para los cónyuges que cumplan con las exigencias previstas en la Ley, ¿qué sentido tiene, entonces, la Disposición Adicional Tercera de la Ley de adopción de 1987? Debe advertirse que la Ley que enjuiciamos no contiene ninguna disposición derogatoria; por el contrario, la única disposición adicional se limita a establecer que «las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes».

Si bien pudiera pensarse que la finalidad de esta Ley va referida única y exclusivamente a modificar el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, por lo que la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil, con la adición de un nuevo párrafo, cumple ese objetivo, no es lo que parece se pretende en realidad, puesto que en este orden de cosas

quedan justificadas las modificaciones acometidas en los números dos al seis y ocho a diecisiete del artículo único de esta Ley[5]. Sin embargo, se ha aprovechado esta coyuntura, de adaptación de los preceptos del Código Civil al nuevo párrafo del artículo 44, para modificar las condiciones subjetivas de una categoría singular de adoptantes: las uniones de pareja de carácter heterosexual, restringiendo, según exponía en líneas precedentes, los derechos que ostentaban en sede de adopción. Esta reforma se ha llevado a cabo con la modificación del número 4 del artículo 175 y de la circunstancia segunda del número dos del artículo 178 del Código Civil, según lo establecido en los números siete y ocho del artículo único de la Ley que examinamos.

Una de las cuestiones planteadas hace referencia a la posible derogación de la Disposición Adicional Tercera, suscitando interrogantes en este punto, puesto que debe tenerse en cuenta que la Ley que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio no es una Ley de adopción. En realidad, la nueva redacción de artículo 175.4 del Código civil, al resultar incompatible con la citada disposición adicional, produciría su derogación; pero en cualquier caso, no debe sorprendernos que el legislador haya recurrido, para modificar condiciones fundamentales de una institución de gran trascendencia en nuestro ordenamiento, a una fórmula parecida a la utilizada en otra ocasión, cuando la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, no se limitó a adecuar la regulación de la adopción, en aquello que fuese indispensable a los cambios sustantivos que se introducían en materia de filiación y patria potestad, sino que el resultado fue una nueva regulación de la institución adoptiva distorsionada y que, por esta causa, mereció duras críticas por parte de la doctrina.

Debe considerarse especialmente que hasta la aprobación de esta Ley, el artículo 178.2.2.º del Código Civil excepcionaba, de la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia paterna o materna anterior, el supuesto en el que sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir. La consecuencia derivada de este precepto es la consideración de que al amparo del mismo y de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de adopción de 1987, las uniones de pareja de carácter heterosexual quedan expresamente posibilitadas para adoptar simultánea y sucesivamente[6].

La nueva redacción que la normativa, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, da al precepto reseñado, inexplicablemente sigue posibilitando las adopciones sucesivas fuera del caso de los cónyuges; y ello, a pesar de que en el artículo 175.4 del Código Civil, según hemos expuesto anteriormente, se prohíbe tanto la adopción simultánea como la sucesiva, salvo en el supuesto de que los adoptantes (o el adoptante en el caso de adopción del hijo de su consorte) sean cónyuges.

5. Debo advertir que en este momento no se ha procedido a enjuiciar las modificaciones acometidas en los diferentes preceptos del Código Civil reformados por la Ley, salvando las referentes al artículo 175.4 y apartado 2 de artículo 178 del mismo Cuerpo legal.

6. *Vid.* Vallés Amores, M.ªL., op. cit. pp. 229 y ss.

Según el número ocho del artículo único de la Ley, «el apartado 2 del artículo 178 del Código Civil queda redactado en los siguientes términos: 2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, se corresponda:

1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir». A mi entender, esta nueva redacción del precepto se ha limitado a adecuar la normativa del Código civil, que conocía sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer, por la nueva regulación de la institución matrimonial que posibilita también el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, ha mantenido la posibilidad de que las uniones de pareja heterosexuales puedan adoptar tanto en forma conjunta –si se entiende en base a las argumentaciones expuestas que la Disposición Adicional Tercera sigue vigente– como en la sucesiva en base al artículo 178.2.2º del Código civil. La misma posibilidad tendrán, con esta nueva redacción del precepto reseñado, las uniones de pareja de carácter homosexual. Sin embargo, en este último supuesto se produce otra incongruencia, puesto que en la Disposición Adicional Tercera no tienen cabida las relaciones de afectividad análogas a la conyugal que no estén integradas por un hombre y una mujer.

En base a las consideraciones reseñadas, la Ley que posibilita el matrimonio entre personas del mismo sexo resulta sumamente oscura respecto a la pretendida restricción, en sede de adopción, de los derechos de que gozaban las uniones de pareja de carácter heterosexual. Se ha primado a la institución matrimonial, con independencia del sexo de sus componentes, respecto a las relaciones de pareja extramatrimoniales, sin tener en cuenta que estas uniones de carácter heterosexual han sido objeto de reconocimiento y aceptación social. No puede afirmarse lo mismo de los matrimonios entre personas del mismo sexo, por más que se esfuerze el legislador en ponerlo de manifiesto en la Exposición de Motivos. En el ámbito de la adopción, incluso, los propios defensores de la regulación del matrimonio homosexual, manifiestan sus reservas.

La conquista llevada a cabo por el colectivo homosexual se ha saldado con la restricción de derechos que se ha producido en torno a las uniones de pareja extramatrimoniales. Según manifestábamos, al comienzo de este comentario, el Gobierno había anunciado que no se realizará una Ley estatal para la regulación de las uniones de pareja, puesto que lo que se pretende es dotar de régimen jurídico a las realidades que carezcan del mismo. Su razonamiento radica en la imposibilidad que hasta el momento existía de regularizar jurídicamente su unión los colectivos homosexuales, por lo que la modificación del Código Civil para posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo se enmarca en esta dirección.

En este contexto, debe advertirse que para lograr esta finalidad se ha procedido –según exponemos en este comentario– a una restricción de derechos para aquellas realidades extramatrimoniales que guardan una semejanza con la institución matrimonial actual y, en contrapartida se va a posibilitar la adopción de menores por los matrimonios entre personas del mismo sexo. A mi entender, la discriminación basada en la orientación sexual de las personas que el legislador, en la Exposición de Motivos, declara tiene decidido remover,

no debe traspasar lo que todavía no ha sido asumido por las actuales sociedades española y europea.

Si bien el razonamiento del Gobierno, asegurando que a partir de esta Ley cualquiera podrá contraer matrimonio y, por ello, conceder nuevos derechos a los no casados supone una discriminación, tiene su parangón en el Derecho extranjero, concretamente en el Derecho alemán aunque con bastantes reservas[7]. En cualquier caso, salvando el supuesto de la legislación holandesa[8], la adopción conjunta queda imposibilitada cuando los adoptantes son del mismo sexo[9].

Para concluir, resta referirme a la problemática de competencias que a mi entender se planteará. Si bien de la nueva redacción del artículo 175.4 del Código Civil, la adopción conjunta y sucesiva queda reservada exclusivamente a los cónyuges, la normativa de las diferentes Comunidades Autónomas, posibilitando esta forma de adopción a las uniones de pareja, resulta contradictoria con el Código Civil.

Ciertamente la interpretación que deba realizarse del artículo 178.2.2.º del Código Civil, posibilita la forma sucesiva del instituto tanto por los cónyuges como por las uniones de hecho independientemente del sexo de sus componentes. En este contexto, si partimos de la tesis de la vigencia de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de adopción de 1987, asimilando a las uniones de pareja con los cónyuges a efectos de adopción conjunta, debe modificarse la redacción de la misma en consonancia con la nueva dicción del artículo 178.2.2.º del Código Civil. Si partimos de la tesis de la derogación de dicha disposición adicional, resultará que al amparo del artículo 175.4 del Código Civil, las uniones de hecho quedan imposibilitadas para adoptar conjunta y sucesivamente; postura que, a mi juicio, en base a la redacción expresa del citado precepto, es la correcta, puesto que de lo contrario, hubiera sido suficiente dejar el precepto como estaba redactado al no hacerse ninguna referencia al sexo de los cónyuges.

La opción reseñada conlleva irremediablemente a la cuestión de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El artículo 149.1.8 de nuestro Texto Constitucional

7. El ordenamiento alemán se sumó recientemente al grupo de países que regulan el fenómeno de las uniones libres. La *Lebenspatnerschaftsgesetz* cuya entrada en vigor se produjo el 1 de agosto de 2001, establece, por primera vez, que las parejas de hecho homosexuales puedan dotar a su convivencia de un marco jurídico de derechos y obligaciones. Esta situación distingue entre los supuestos de vida extramatrimonial (*nichtebeliche Lebensgemeinschaft*) y convivencia registrada (*eingetragene Lebenspartnerschaft*). La LpartG de 16 de febrero de 2001, regula el sistema de convivencia resgistrada para dos personas del mismo sexo, pero, en cuanto a la adopción se refiere no hace mención entre los derechos y deberes de los convivientes homosexuales registrados, puesto que el BGB exige para la adopción de menores que los adoptantes deben estar casados. Por lo que respecta a las parejas heterosexuales así como a las parejas homosexuales que no hayan registrado su convivencia, quedan fuera del ámbito de la Ley. En consecuencia, en sede de adopción se rigen por la normativa del BGB que tampoco posibilita la adopción conjunta.

8. La Ley de 21 de diciembre de 2000, *Adoption of a chil in the Netherlands* (cuya entrada en vigor se produjo con fecha de 4 de abril de 2001) permite la adopción por parejas del mismo sexo. La finalidad que persigue la ley es dotar de una mejor educación y protección a los niños que la que podría darle una persona individualmente. Sin embargo, esta Ley tiene la particularidad de permitir la adopción por parejas homosexuales solamente en el supuesto de que los adoptandos sean niños holandeses, para de esta forma evitar conflictos con otras legislaciones (la mayoría) que excluyen expresamente de la adopción a las parejas homosexuales.

9. En los países escandinavos existe legislación sobre uniones homosexuales equiparándolas al matrimonio. No obstante, se excepciona la posibilidad de adopción conjunta y patria potestad compartida, aunque se permita el matrimonio entre convivientes homosexuales. En este sentido, la Ley danesa de 1 de octubre de 1989 (*The Danisch Registeres Parnerschip Act*), Ley noruega de 1 de agosto de 1993 (*Act on Registered Partnerchips*), Ley sueca de 1 de enero de 1995 (*Act on Registered Partnerchips*). Por su parte, en Bélgica, a pesar de que se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, se les imposibilita la adopción de menores.

establece la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, sin perjuicio de la salvaguarda por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales y, a tenor del artículo 150 del mismo Texto constitucional, de las facultades transferidas por el Estado para dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por la Ley estatal.

Partiendo de las argumentaciones reseñadas en este comentario y considerando como pareja de hecho a todas aquellas uniones de dos personas, independientemente del sexo de sus integrantes[10], con relación de afectividad análoga a la conyugal, que cumplan las condiciones previstas en la normativa de cada Legislación autonómica en la materia, resulta evidente que debe procederse a la reforma de las respectivas normativas autonómicas que expresamente admiten la adopción conjunta por los componentes de la unión de pareja, puesto que esta normativa entra en colisión con el Código Civil. En aquellas Comunidades Autónomas, en las que su normativa sobre uniones de pareja no hace referencia expresa a la posibilidad de adopción conjunta por estas realidades extramatrimoniales, bastará con la aplicación de la normativa del Código Civil en esta sede.

En último lugar, debo reseñar que con la nueva regulación parece ser que ha primado la estabilidad familiar que produce el matrimonio sobre la unión extramatrimonial, puesto que después de disponer expresamente, en la nueva redacción del número 4 del artículo 175 del Código Civil, que «nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges», a continuación dispone que «el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte».

Desde esta perspectiva de estabilidad familiar que representa el matrimonio, en una gran generalidad de supuestos para los que han adquirido este compromiso, resulta loable esta exigencia para su aplicación en una institución protectora de menores. Ahora bien, la operatividad de la exigencia se pierde desde el momento que la normativa para la disolución matrimonial[11], pueda variar de forma tan ostensible, que el matrimonio pueda llegar a convertirse en un puro trámite, cuya meta sea la consecución de ciertos fines, entre los que no pueden incluirse, en ningún caso, los que se integran en una institución protectora de menores.

10. Recientemente, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de la Ley que analizamos en este comentario, el Consejo de Ministros ha suscrito el desistimiento del recurso de inconstitucionalidad, interpuesto en su día por el Gobierno, contra el artículo 8 de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco reguladora de las parejas de hecho, de 7 de mayo de 2003. Según el texto de la nota de prensa del Consejo de Ministros, esta decisión se enmarca dentro del objetivo del gobierno de reducir la alta conflictividad acumulada entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en un nuevo entorno de cooperación y normalidad institucional entre las Administraciones. Dado, dice la nota de prensa, que es voluntad del Gobierno la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo y la regulación de las consecuencias jurídicas de las denominadas parejas de hecho, resulta lógico ir adaptando pasos en esa dirección, y remover los obstáculos que la dificultan.

11. Me refiero a la también nueva Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio.

LA PENSIÓN COMPENSATORIA A LA LUZ DE LA LEY 15/2005 DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

ANTONIO ALBERTO PÉREZ UREÑA

Abogado de Familia. Granada

Como se sabe, el *BOE* núm. 163 del día 9 de julio de 2005 publicó la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, habiendo entrado en vigor el día siguiente de su publicación (Disposición Final Cuarta).

En el marco de la importante reforma operada en materia de separación y divorcio, que modifica y deja sin contenido varios preceptos del Código Civil –entre los que se incluyen algunos de los más controvertidos–, el legislador ha aprovechado para modificar la redacción del artículo 97 del Código Civil, dotándole el artículo 1.9 de dicha Ley, del siguiente contenido[1]:

> «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una **compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.**
>
> **A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:**
>
> 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
>
> 2.ª La edad y el estado de salud.
>
> 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
>
> 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.
>
> 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
>
> 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
>
> 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.

1. La letra negrita es nuestra, y con ella se reseña el texto legal modificado respecto del anterior.

8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.»

Pues bien, la reforma se ha centrado en los siguientes puntos:

1.º Se acentúa el carácter potencial de la compensación económica. Para ello, el legislador ha introducido algunos matices semánticos que así lo ponen de relieve. Así, se introduce el pronombre «un» donde antes no se decía nada y se cambia el tiempo del verbo tener, y donde se decía «tiene» ahora se dice «tendrá».

La pensión compensatoria que regula el artículo 97 del Código Civil cumple la finalidad de evitar, en la medida relativa que se infiere de los módulos cuantificadores que tal norma contempla, que la separación o el divorcio originen a uno de los cónyuges una situación de desequilibrio que se considere contrario a la justicia y la equidad, en atención a la concurrencia de dos factores o condiciones de cotejo, temporal la una, en cuanto dimanante de la pérdida de nivel adquisitivo de quien reclama el derecho en relación con el *status* pecuniario disfrutado durante la convivencia matrimonial, y personal la otra, pues además es imprescindible que la situación económica del posible beneficiario de la pensión sea de inferioridad en comparación con la del otro consorte, habiendo de confluir ambas circunstancias, al no bastar una sola de ellas, para que pueda surgir el derecho regulado en antedicho precepto.

Presupuesto necesario para que surja el derecho a la misma, según dispone el artículo 97 del CC, es que la ruptura matrimonial produzca un desequilibrio económico en la posición de uno de los cónyuges en relación con la del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior, de ahí que deba tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio a fin de determinar si por la separación o el divorcio, alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en su nivel de vida, y sólo en el caso de producirse y probarse tal deterioro, que ha de tener cierta relevancia o entidad, procederá la pensión compensatoria. Por ello, si ambos cónyuges cuentan con bienes o ingresos propios suficientes para continuar manteniendo un nivel de vida similar al disfrutado constante el matrimonio, no procederá el derecho a la pensión aunque exista notable diferencia entre el patrimonio de los cónyuges separados. Es decir, tiene una naturaleza reparadora, tendente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión, de la situación instaurada en el matrimonio.

El desequilibrio económico que se pretende aminorar es el generado por la separación o el divorcio, en el momento de la ruptura de la convivencia (AP de Barcelona, Sección 18.ª, Sentencia de 11 de noviembre de 2004), en cuya virtud se dicta, como medida accesoria, tal pensión. Si el cese efectivo de la convivencia se produjo con mucha antelación a la separación o al divorcio, y, por tanto, al momento en que ha de fijarse la pensión (AP de Cádiz, Sentencia de 8 de febrero de 2001), y desde el referido cese ambos cónyuges mantuvieron vidas económicamente independientes y ajenas por completo la una de la otra, no hay motivo para compensar, tanto tiempo después, un eventual desequilibrio económico. En definitiva, su procedencia exige la previa justificación de los requisitos que condicionan su concesión.

2.º Con independencia de lo anterior, la reforma refuerza el carácter dispositivo de esta medida, así como el principio de rogación.

Sobre su carácter dispositivo hay que tener en consideración tanto las Sentencias 120/1984, de 10 de diciembre, del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987, que sostienen que en el proceso matrimonial conviven elementos dispositivos con otros de *ius cogens* derivados de la especial naturaleza del derecho de familia, pudiendo el órgano jurisdiccional no sujetarse a lo pedido en aspectos que afecten a los descendientes menores de edad, para cuya pensión de alimentos el Juez, no se halla vinculado por lo pedido por las partes, no así sucede respecto a los efectos económicos que afectan de forma exclusiva a los cónyuges que están regidos por el principio dispositivo, a la vez que señalan la necesidad de concretar los pedimentos respecto a dichos efectos en los suplicos de sus escritos, pues caso de no existir petición expresa, y tampoco desprenderse de la *causa petendi*, el órgano jurisdiccional no puede conceder aquello que no ha sido solicitado.

Por lo que respecta al carácter rogado de este beneficio, cabe señalar la necesidad de concretar los pedimentos respecto a dichos efectos en los suplicos de sus escritos, pues en el caso de no existir petición expresa, y tampoco desprenderse de la *causa petendi*, el órgano jurisdiccional no puede conceder aquello que no ha sido solicitado: el Juzgado no puede concederlo de oficio.

Lo expuesto se puede sintetizar en los siguientes puntos:

– La pensión por desequilibrio, pertenece al poder dispositivo de los cónyuges de tal manera que el juzgador no la puede conceder si no ha sido expresamente solicitada.

– La pensión compensatoria está sometida al principio dispositivo, sin participar de la imperatividad propia del derecho de familia. Por lo tanto es un derecho renunciable (AP de Barcelona, Sección 18.ª, Sentencia de 19 de enero de 2005: «No ha lugar a reconocer pensión compensatoria a favor de la esposa cuando renunció expresamente a la misma al firmar capitulaciones matrimoniales»).

– Para su concesión es exigible una previa petición de parte: de ambas a través del convenio regulador, o bien en la primera demanda propia. Si en ésta no se pidiera se podrá reconvenir con dicho objeto [nueva redacción del artículo 770, regla 2.ª.d) de la LEC], debiendo ser, en este último caso, la petición clara e indubitada, pues no cabe la reconvención implícita.

– Cualquier pronunciamiento sobre ello por el juzgador sin la previa solicitud de parte incurrirá en *ultra petita* o incongruencia positiva (AP de Barcelona, Sección 18.ª, Sentencia de 10 de marzo de 2005).

3.º Sin lugar a dudas, la modificación que mayor relevancia tiene es la que pasa por reconocer que la compensación a recibir «podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única», es decir, introduce, en el texto legal, la posibilidad de la limitación apriorística de la duración de la pensión –para el caso en el que la compensación se fije como pensión–, y de otro lado, el que se pueda configurar como una prestación única.

a) En primer lugar, respecto de la novedosa redacción legal que permite la limitación *ab initio* de la duración de la pensión compensatoria, hay que decir que ésta no viene sino a coincidir con la ya extendida doctrina de Audiencias Provinciales que admitía tal posibilidad, siendo buenos exponentes de la misma, las siguientes resoluciones:

– Procede limitarla a 12 meses en atención a la juventud de la esposa, y a fin de darle tiempo a incorporarse al mercado laboral, a encontrar trabajo que ya está buscando según reconoce. (AP de Madrid, Sección 24.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2004.)

– Se limita a 7 años puesto que a la fecha de separación la esposa contaba 35 años de edad y los hijos, 16 y 6 años de edad respectivamente. (AP de Barcelona, Sección 18.ª, Sentencia de 4 de junio de 2004.)

– Procede mantenerla durante 2 años más, al contar la beneficiaria con 34 años de edad, y al haber durado el matrimonio sólo 5 años. (AP de Ciudad Real, Sección 1.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2004).

– Se limita la pensión a favor de la esposa 1 año, teniendo en cuenta su edad y su inserción en el mercado laboral. (AP de Lugo, Sección 2.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2004.)

Tesis sustentada, en los últimos tiempos, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En su **Sentencia 43/2005, de 10 de febrero** (ponente: Excmo. Sr. Corbal), resolviendo un recurso de casación por interés casacional, zanjó la cuestión declarando la posibilidad de fijar apriorísticamente la pensión compensatoria con carácter temporal. Así, razonó el TS, que «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 *condictio iuris* determinante del nacimiento del derecho a la pensión–». Añadiendo sustancialmente que «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 la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Además, la citada Sentencia dejó claro que la temporalidad de la pensión compensatoria dependerá de que durante dicho plazo el desequilibrio económico desaparezca –razón de ser del establecimiento de dicha medida–. Así declara que «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», y que «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».

Más recientemente, la misma Sala del TS se ha vuelto a pronunciar sobre esta cuestión. Nos referimos a la **Sentencia 307/2005, de 28 de abril** (ponente: Excmo. Sr. Sierra Gil de la Cuesta), en la que tras remitirse a la doctrina expuesta en la anterior Sentencia, declara «la lógica y justa limitación temporal» de la pensión compensatoria fijada en la Sentencia recurrida, al concurrir en dicho supuesto los siguientes presupuestos: «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».

Pues bien, tras la reforma, serán los cónyuges los que podrán pactar libremente en el convenio regulador el establecimiento, duración, cuantía y modalidad de compensación a percibir por el cónyuge que ha experimentado el desequilibrio. En defecto de dicho acuerdo, pero siempre atendiendo al principio de rogación y de congruencia, el Juzgado, en sentencia, determinará su importe. En definitiva, dicha medida dependerá de que «cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal», es decir, los parámetros a los que alude la jurisprudencia «menor» que venía admitiendo y aplicando, en determinados casos, la temporalización apriorística de la pensión compensatoria:

– La edad del beneficiario de la pensión.

– La duración del matrimonio –convivencia–.

– La aptitud –y posibilidades reales– de realizar un trabajo remunerado con el que obtener su autonomía económica, y que, por lo tanto, ponga fin al desequilibrio económico que motivó el establecimiento de dicha medida.

b) Respecto de la posibilidad *ex lege* de que la compensación económica pueda establecerse en la fijación de una prestación única, cabe decir que rompe con la tendencia doctrinal y jurisprudencial existente hasta la fecha relativa a que esta compensación debe tener un carácter normalmente periódico. No se pronuncia el texto legal sobre si la «prestación única» será de una cantidad a tanto alzado o si se deberán capitalizar las pensiones periódicas para encontrar la suma exacta del capital a entregar. Parece ser que cualquiera de las dos posibilidades pueden ser adoptadas por los cónyuges que así lo pacten.

Respecto de la capitalización de la compensación a percibir por el cónyuge perjudicado, ahora, la Ley 15/2005, también permite que tanto los cónyuges de mutuo acuerdo en su convenio regulador como el Juez, en su caso, en los procedimientos contenciosos puedan establecer que dicha compensación consista en una prestación única, lo que admite que dicho capital a entregar sea previamente determinado por la capitalización de la pensión que correspondiera. La doctrina de las Audiencias Provinciales anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, ante el silencio que guardaba el entonces artículo 97, se mostraba contraria a dicha posibilidad, admitiendo tal posibilidad el artículo 99 del Código Civil –cuya redacción no ha sido modificada–, en cuanto a la sustitución pactada por las partes de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97, por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. En este sentido, la AP de Madrid, Sección 24.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2005, acordó la vigencia del pacto relativo a la pensión compensatoria en la cuantía de 600 euros mensuales con

la correspondiente actualización según IPC, no habiendo lugar a la capitalización pretendida por la esposa, ya que tal sustitución requeriría acuerdo de las partes.

Es decir la compensación a recibir por el cónyuge perjudicado económicamente puede ahora, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, capitalizarse –de forma convencional o judicialmente– desde un inicio, sin tener que esperar a una ulterior sustitución de la medida judicialmente acordada, y a la existencia en dicho momento de acuerdo entre las partes.

AUTOTUTELA E INCAPACITACIÓN VOLUNTARIA

XOSÉ ANTÓN BARREIRO PEREIRA

Abogado

«Porque los que no tienen auxilio dentro de sí mismos
para vivir contentos y felices,
a éstos todas las edades le son pesadas».
(«De la Vejez», en los *Diálogos* de CICERÓN)

Sumario

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA AUTOTUTELA Y LA INCAPACITACIÓN VOLUNTARIA

III. DISCUSIONES PARLAMENTARIAS SOBRE LA AUTOTUTELA EN EL *ITER* LEGISLATIVO DE LA LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TUTELA

IV. LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA CON ESTA FINALIDAD

IV.1. Constitución y administración del patrimonio.

IV.2. Beneficios fiscales para los aportantes.

IV.3. Beneficios fiscales para el discapacitado.

IV.4. Otras medidas de protección patrimonial.

V. CONCEPTO DE AUTOTUTELA.

VI. LA AUTOTUTELA EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, SOBRE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA CON ESTA FINALIDAD

VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

VIII. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En la actualidad estamos asistiendo a una transformación del modelo familiar tradicional, con la consiguiente disminución de su función de servir de apoyo y de sustento de sus miembros mayores y de los discapacitados. Tradicionalmente, en el área mediterránea, la familia se constituía en una unidad de miembros que se autoprotegían de diferentes modos. Los hombres se encargaban de procurar el sustento o la riqueza necesarias para el desarrollo material de esta unidad y la mujer poseía más bien un papel de protección anímica y física de los miembros de la familia.

En especial, y en lo que nos incumbe en nuestro caso, un papel de protección al anciano[1] en el seno familiar. En la actualidad, la evolución de la sociedad ha transformado estos papeles. Cada vez más la mujer posee una actividad social y profesional similar a la del hombre. Al mismo tiempo, con la evolución de las comunicaciones y la globalización, cada vez es más frecuente el hecho de que los hijos vivan en ciudades o países diferentes a las de los padres, con lo que están lejos de ellos cuando se hacen mayores. En consecuencia, la familia carece del tiempo necesario para dedicarlo a la atención de las personas mayores que forman parte de ella.

El progresivo deterioro físico y psíquico puede llevar a situaciones de abandono e interrupción de la participación social con el transcurso de los años a situaciones de dependencia difíciles de atender en las circunstancias de las sociedades actuales. Esta situación se complica más en los casos de demencia o Alzheimer[2] en los que se hace necesario un mayor nivel de protección jurídica e institucional. Todo ello exige que el ordenamiento jurídico preste una especial atención a los mayores.

En definitiva, el anciano, hoy y en nuestro ámbito, se halla más desprotegido que nunca, ya que el papel de la familia está cambiando y no se están creando instituciones que procuren su protección al ritmo que sería deseable dada la creciente longevidad de la población.

Asimismo se han hecho necesarias políticas de las Instituciones Públicas asistenciales de las personas mayores ante el fenómeno de la longevidad. El número de personas de más de sesenta y cinco años de edad ha aumentado considerablemente en los países desarrollados. Este progresivo envejecimiento de la población plantea retos y dificultades.

Todo ello es producto del cambio social que se ha operado en nuestra sociedad desarrollada (envejecimiento de la población, crisis de la familia patriarcal amplia, etc.) Nos encontra-

1. Cuando nos referimos a la vejez, como han puesto de manifiesto Jiménez-Aybar y Caparrós Civera, estamos haciendo referencia a una etapa de la vida que se corresponde normalmente con la jubilación, caracterizada generalmente por un declive en la capacidad física y mental, por la aparición de enfermedades crónicas y por el progresivo aislamiento social. No obstante lo cual, por la mejora de las condiciones de vida se presenta hoy con una nueva perspectiva.

Hay quien considera personas mayores a las que superan los 60 años, personas de la «tercera edad» a las que llegan a la edad de jubilación, es decir, a los 65 y personas longevas a las que alcanzan los 80 años; o también «mayores jóvenes» a los de 60 a 75 años y «mayores mayores» a los que tienen 75 o más. Se habla incluso de una «cuarta edad» para referirse a las personas mayores que se encuentran incapacitadas a causa de múltiples enfermedades y son totalmente dependientes del resto de la sociedad.

2. A los efectos del artículo 200 del Código civil, la enfermedad de Alzheimer ha sido calificada de «persistente» y de carácter evolutivo y progresivo por la STS de 19 de mayo de 1988.

mos así con más personas mayores que atender y a su vez, con menos familias para atenderles. De ahí la necesidad de la actuación subsidiaria de las políticas públicas asistenciales.

Lo mismo podríamos decir de los discapacitados, en el mundo de la minusvalía psíquica hay una circunstancia que determina buena parte de las soluciones de los problemas que de él derivan: la angustia que padecen padres y parientes de las personas afectadas cuando piensan en el futuro de éstos cuando ellos falten.

También es preciso contemplar aquellos supuestos de personas con retraso mental que carecen de familia o cuando ésta rechaza su protección, pues hay que arbitrar medios legales eficaces para su cuidado y atención más allá de una posible tutela ejercida por organismos públicos imposibilitados de hacer un seguimiento personalizado y familiar de la tutela.

Muchas personas discapacitadas necesitarán siempre de alguien que se responsabilice y defienda sus derechos, les ayude a superar las dificultades que se irán encontrando en la vida y evite que sean engañados o perjudicados procurando, en la medida de lo posible, su integración en la sociedad.

Así, desde planteamientos objetivos y no demagógicos o ideológicos, se desarrollan medidas de política familiar de toda índole, encaminadas a esta finalidad asistencial de las personas mayores y a los discapacitados. De nuevo llegamos a entender, desde esta óptica, la tremenda función social que ha cumplido y cumple la familia, como sujeto social básico apto y activo para establecer entre las personas un esquema humanizado de solidaridad, afecto, apoyo y estabilidad, cumpliendo de este modo con su cometido de articular las funciones de socialización y cohesión intergeneracional.

Dentro de esta dinámica surge la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, que será objeto de análisis en este trabajo y más concretamente la figura de la Autotutela que aparece por primera vez en nuestro derecho patrio.

Éstas son las razones fundamentales que me impulsaron a tratar en este trabajo la figura jurídica de la Autotutela, institución que considero particularmente idónea para atender las necesidades de autogobierno sufridas por quienes, por razón de su edad u otras causas, temen fundadamente la pérdida de su capacidad.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA AUTOTUTELA Y LA INCAPACITACIÓN VOLUNTARIA

Al tratar esta figura jurídica resulta ineludible hacer referencia al caso del ciudadano ruso Ivon Cnimzo[3] , quien, afectado de una enfermedad hereditaria degenerativa ligada a la edad

3. Tomado por Sánchez Torres de las crónicas de Derecho extranjero de la *Deustche Juristen Zeitung* y posteriormente utilizado y difundido en nuestras Cortes por el diputado popular Durán Corsenego con ocasión de la discusión parlamentaria para la elaboración de la Ley 13/1983, de 24 de octubre (Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados de 24 de abril de 1983).

(a él se le manifestó a los 24 años aunque solía aparecer sobre los 20), decidió el mismo día en que alcanzaba la mayoría de edad autorizar un documento privado en el que nombraba tutor a un vecino amigo por si acaso él se volvía loco, como realmente sucedió. Ante los tribunales rusos surgió entonces el problema de si una persona mayor de edad podía nombrar para el futuro a su propio tutor, cuestión esta que nunca antes había sido planteada. La decisión judicial soviética reconoció la legalidad del documento suscrito por Ivon, tanto en su vertiente personal como patrimonial. Este caso fue el que movió a Sánchez Torres a plantearse la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho[4].

Una Real Orden de 14 de marzo de 1924 llegó a contemplar una hipótesis clara de autotutela[5], si bien no entró en el examen y resolución del fondo del asunto planteado, por lo que nada dispuso en relación con esta figura.

Posteriormente, por lo que se refiere a la doctrina española, sólo Rodríguez-Arias Bustamante[6] sugirió en 1953 la posibilidad de incorporar a nuestro Ordenamiento esta figura jurídica. La cuestión no volvió a plantearse hasta la primera legislatura de las actuales Cortes democráticas que no la admitieron.

Mención especial merece el estudio que se realizó en Madrid el 22 de abril de 1977, por Díez-Picazo, Bercovitz, Rogel, Cabanillas y Caffarena, en el que se propuso la modificación del Código civil en lo relativo al procedimiento de incapacitación y cargos tutelares[7]. Trabajo científico minucioso y con una especial relevancia sobre la figura jurídica de la autotutela, porque la admisión legal de una incapacitación voluntaria es la antesala de la posible autorregulación de la institución tutelar[8].

En este estudio se propuso la incapacitación voluntaria en el caso de ebrios y toxicómanos, aunque en ellos no concurriesen las circunstancias determinantes de su posible incapacitación legal, y personas en avanzado estado de senilidad o con un alto grado de inexperiencia, a quienes estos hechos dificultaran notablemente el gobierno de sus asuntos e intereses. Con esta medida los autores del estudio intentaban arbitrar una solución para problemas frecuentes en la realidad, conforme a las pautas marcadas ya por el Código Civil suizo.

4. En el derecho comparado y entre los pocos ordenamientos que admiten el negocio jurídico de la autotutela, cabría citar al Código Civil suizo, en cuyo artículo 381, *in fine*, puede leerse lo siguiente: «A menos que justos motivos no se opongan a ello, la autoridad tutelar nombrará tutor a la persona designada por el padre o la madre o por el incapaz». Y en el Derecho alemán se admite que una persona mayor de edad que no pueda valerse por sí misma designe a un asistente o curador (*betreuer*). Esta designación vinculará al Juez que decida sobre la incapacitación, salvo que se estime contrario a sus intereses. Este *betreuer* tendrá por misión completar la capacidad del sujeto en la medida en que determine la sentencia incapacitadora.

5. Publicada en el Anuario de 1924, del Ministerio de Gracia y Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado, p. 521.

6. Rodríguez-Arias Bustamante Lino, «¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro derecho, RCDI de 1953, p. 350.

7. Estudio patrocinado por la Fundación General Mediterránea y por SEREM, Madrid, 1977.

8. Realmente el Estudio para la Reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela, sólo contemplaba (p. 38) la posibilidad de que una persona solicitase voluntariamente su incapacitación y pudiese así quedar sometida a tutela, si bien la delación y funcionamiento de ésta sería el general del Código Civil. No tuvo presente, pues, la posibilidad de establecer una auténtica autotutela. (La Ley 13/1983, de 24 de octubre, no siguió los planteamientos de este Estudio.)

DÍEZ-PICAZO en una publicación posterior al estudio y a la reforma del Código Civil de 1983, afirmó que la posibilidad de que la incapacitación la solicite el mismo presunto incapacitado, no es nada desdeñable. Aunque admite que no es fácil tomar una postura bien definida, porque también es aceptable la no regulación de la incapacitación voluntaria «si se entiende que la capacidad y la libertad son bienes inherentes a la personalidad que no quedan a disposición del sujeto mismo», si bien este argumento, dice este autor, no es decisivo.

Cuando una persona no ha perdido la capacidad de decisión, y se da cuenta de su posible ineptitud para gobernarse por sí misma, en estos casos, puede preferir autolimitar su capacidad. Sería el supuesto de los ebrios o toxicómanos habituales que voluntariamente se someten a tratamientos para recuperar la salud, y prefieren, durante ese período de tiempo, estar asistidos por un cargo tutelar.

En circunstancias similares se encontrarían las personas cuyo avanzado estado de senilidad no les permite un adecuado conocimiento de las situaciones que les afectan, y atendiendo a la realidad, deciden iniciar una incapacitación voluntaria. No obstante, no supone una solución definitiva, ya que tanto la tutela como la curatela que en el procedimiento de incapacitación se determinen, constituyen funciones públicas, con específicas cargas de deberes y una correspondiente fiscalización de órganos públicos.

Atendiendo a la realidad, es frecuente en personas mayores que la pérdida de autogobierno sea progresiva. Ahora bien, cuando deciden la autoincapacitación tienen juicio suficiente como para reconocer sus circunstancias y admitir la necesidad de apoyo tutelar. Cargo que se ejercerá en el momento posterior cuando la limitación en el entendimiento y voluntad invalide sus actos.

Tras numerosas discusiones parlamentarias, la incapacitación voluntaria y la autodesignación del tutor, fueron finalmente rechazadas en la Ley de Reforma de la Tutela de 24 de octubre de 1983. Las enmiendas que pretendían introducir estas nuevas figuras jurídicas fueron desechadas al amparo del artículo 204 del Código Civil, ya que conforme al contenido de este precepto «cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación».

III. DISCUSIONES PARLAMENTARIAS SOBRE LA AUTOTUTELA EN EL *ITER* LEGISLATIVO DE LA LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TUTELA[9]

En este proceso legislativo la autotutela o autodelación de la tutela, se vinculaba con la incapacitación. En la primera legislatura (1978-1982) se presentan enmiendas en las que se propone que la designación hecha por el interesado sea preferente a cualquier otra, porque

9. Para un examen de la discusión parlamentaria de esta Ley, *vid*. Cortes Generales. Trabajos Parlamentarios, III. Código Civil. Reformas 1978-1983, Madrid, 1985. *Vid.* también ZAPATERO GONZÁLEZ, «Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983», en RGLJ, tomo 259; GARCÍA-GRANERO COLOMER, Ana Victoria, «La Autotutela en el Derecho Común Español», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1998, pp. 202-204.

«la persona mayor de edad es la más indicada para designar a su propio tutor y establecer las medidas que considere más oportunas en el caso de que, con posterioridad a la designación, concurra en ellos una causa de incapacitación». Y con el mismo criterio se propone el respeto por la autonomía de la voluntad, para que no pueda ser tutor o curador el sujeto expresamente excluido por el mayor de edad antes de concurrir la causa de incapacitación.

Con independencia de los argumentos aducidos, la incapacitación voluntaria fue rechazada, en el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso, alegando como motivo principal el riesgo de captación de la voluntad, y la autotutela al ser consecuencia de ésta.

En la segunda legislatura continúan las discusiones parlamentarias presentando argumentos enfrentados. Las razones que se alegan a favor de la incapacitación voluntaria y de la autodesignación del cargo se pueden resumir en las siguientes:

1. El derecho a la autonomía privada, a la libertad que toda persona mayor tiene, ya que a nadie «se le puede recortar sus derechos si no es por sentencia judicial». Porque el acto de exteriorizar la voluntad refleja un derecho de la persona amparado en los preceptos constitucionales. Permite al sujeto interesado prever su propia incapacidad y el cargo tutelar antes de que se produzca la disminución de capacidad, respetando el principio de plena libertad personal.

2. Con la finalidad de evitar riesgos y asegurar que la persona se encuentra en condiciones suficientes para gobernarse por sí misma, se propone adoptar algunas cautelas como sería la formalización del acto por el que se autodesigna el tutor o curador en documento público. Instrumento adecuado en el que se configura el contenido de la autotutela, garantizando los intereses del sujeto.

3. Para reconocer la facultad de ejercer la autodelación de la tutela se aporta, nuevamente, el argumento analógico sobre la facultad de nombrar tutor que tienen los padres. Si el interesado está en condiciones de emitir una declaración de voluntad, «quién mejor que él para saber quién será buen tutor para él mismo».

Frente a estos argumentos, se rechaza el reconocimiento de la incapacitación voluntaria y la legitimación para autodesignar tutor, por los siguientes motivos:

1. Se califican las figuras jurídicas propuestas como innecesarias debido a la amplísima legitimación activa del artículo 204 del Código Civil. Ferrán Badosa Coll[10] estima que esta equiparación supone el desconocer la diferencia entre ambas situaciones: «promover la declaración de incapacidad» y «poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación». Dicho precepto se refiere al procedimiento de incapacitación, mientras que la autotutela se encuentra en una institución diferente y posterior que es la «delación de la tutela» o «designación del tutor».

10. Badosa Coll, Ferrán, «La autotutela», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, J.M. Bosch Editor, SA, Barcelona, 1933, p. 910.

2. Otro argumento en contra, es la posible captación de la voluntad del interesado, ya que el «presunto incapacitado puede incurrir errores derivados de la propia condición por la que se contempla la posibilidad de limitar su capacidad de obrar». Por este motivo estiman que el hecho de ordenar él mismo su propia tutela «parece arriesgado y peligroso», y «habría que indagar el estado médico» del sujeto.

3. Se interpreta la autotutela como situación excepcional, de ahí que no es admisible su generalización.

4. Se alega la falta de presencia social de la autotutela, considerando que dicha institución «no tiene ninguna base real». Puede que las consecuencias de la autodesignación no sean favorables al interesado, sino en contra de él, al carecer de discernimiento suficiente cuando establece su propia autotutela.

Al final del *iter* legislativo la incapacitación voluntaria y la autodesignación del cargo tutelar no prosperan. Aunque Ferrán Badosa Coll considera que «la conclusión del debate parlamentario es la no hostilidad de principio contra la autotutela», al desprenderse de frases como que «habrá que regularla muchísimo mejor viendo todos los problemas que se pueden plantear». Por ello, nada hace pensar que fue voluntad del legislador prohibir o hacer radicalmente ineficaz esta conducta, «antes bien el rechazo a la introducción de la autotutela en nuestro Derecho positivo obedece a razones de prudencia legislativa»[11].

A pesar de no admitirse la autotutela tras la reforma del Código Civil de 1983, algunos autores mantienen un criterio a favor de su reconocimiento legal. Ferrán Badosa Coll concreta y presenta con gran claridad algunos argumentos que avalan dicha institución. La legitimación del propio interesado para incidir en su tutela está amparada: en el clásico argumento analógico; en la generalización de las causas de incapacitación del artículo 200, se pasa de una visión «esencialista» de la capacidad de obrar «en sí misma» a la visión «instrumental» en función de la capacidad natural; la falta de obstáculos derivados de la institución tutelar, y no habría ningún problema en considerar al «autotutor» como representante voluntario y más cuando la incapacitación desaparece como causa extintiva del mandato.

Sobre la base de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 234 del Código Civil se puede respetar la designación hecha por el interesado, aunque legalmente no esté regulando su tutela cuando todavía tenía capacidad para ello, podrá mediante resolución motivada alterar el orden legal de delación a favor de lo dispuesto por el interesado. O incluso, atender el Juez las indicaciones hechas por el sujeto, alegando que altera el orden en «beneficio» del incapacitado.

11. La tentativa de introducir la autotutela en el articulado de nuestro Código no tuvo éxito en la legislatura de 1978-1982, siendo rechazada como consecuencia de no haber sido admitida antes la «incapacitación voluntaria»; es decir, el rechazo de la autotutela estuvo unido al previo rechazo de la «incapacitación voluntaria», so pretexto de que había riesgo de captación de la voluntad. Para un mejor estudio del *iter* seguido por la denominada «incapacitación voluntaria» y por la autotutela durante la segunda legislatura, a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, *vid.* Badosa Coll, ob. cit., pp. 912 y ss.

IV. LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA CON ESTA FINALIDAD

Al finalizar el año europeo de las personas con discapacidad, el Parlamento español ha publicado una ley que viene a proteger a estas personas protegiendo su patrimonio. Acaba de publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad[12].

La protección integral de los discapacitados, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, ha sido una de las principales preocupaciones del legislador en los últimos meses. A través de leyes, como la de 2 de diciembre[13] o 18 de noviembre, ambas de 2003, ha tratado de crear un ámbito normativo de protección y tutela en el que se garantice la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y en el que se ponen a disposición de los particulares los instrumentos necesarios para facilitar su integración.

La Ley de 18 de noviembre de 2003 ha incorporado importantes novedades y modificaciones en el ámbito del Derecho civil[14], con la finalidad de dotar al discapacitado de una protección patrimonial íntegra. Para ello, el legislador ha previsto la creación de algunas ya existentes, permitiendo una doble esfera de actuación.

Una que podemos denominar autoprotección[15], y otra, la protección a través del Derecho sucesorio que reforma. La autoprotección se desarrolla en una fase anterior a la discapacitación, mediante actuaciones previsoras como la autotutela o el contrato de alimentos o bien cuando ya existe una situación de discapacidad, mediante la constitución de un patrimonio protegido al amparo de la ley.

12. La abundante actividad legislativa que nos ha deparado la VII legislatura y la necesidad de introducir innovaciones en todos los textos legales que precisaban de adecuación a la realidad social ha propiciado que las reformas hayan sido abundantes, así como variadas las materias que han alterado su régimen jurídico. Sin embargo, cierto es que en ocasiones estas modificaciones se han introducido en textos que no se correspondían directamente con la materia principal que daba nombre y título a la Ley que se estaba aprobando.

Ello ha propiciado que, por un lado, haya sido difícil, en ocasiones, percibir y darnos cuenta de la existencia de alguna reforma concreta, salvo que se realice un seguimiento directo a las reformas que se tramitan en el Parlamento, que es lo que los juristas tendríamos que hacer, pero, por otro lado, cierto es que ello ha permitido que se hayan actualizado cuestiones que era preciso modificar para adecuarlas a una realidad social cambiante.

13. La Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

14. Las políticas de protección o amparo dirigidas a los discapacitados no han de agotarse en medidas públicas: el derecho privado es un instrumento muy adecuado para mejorar la calidad de vida de estas personas y de sus familias. Sin dejar de reconocer que los poderes públicos han de ser la garantía primera y última de la situación de los discapacitados, es necesario también asumir el papel fundamental que desarrollan las familias en esta materia: es innegable el derecho que les asiste de velar por esos miembros discapacitados, de preocuparse por su presente y su futuro.

15. «El derecho de autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión», en *Revista del Notariado*, julio-septiembre de 1999, p. 22: «partimos del convencimiento de que todo ser humano en el ejercicio de su más inalienable libertad y del más elemental derecho de propiedad tiene derecho a prever estas cuestiones (autoprotección de su persona y bienes en previsión de su futura incapacitación), como a intentar solucionarlas de antemano y al efecto de dictar y estipular pautas para su gobierno, en el supuesto de que en un futuro ya no pueda hacerlo por sí. En nuestro discurrir, en ningún momento nos asaltaron dudas acerca de la licitud de tales decisiones por parte de todo ser humano respecto de su persona y su patrimonio, tomadas siendo capaz, para ser ejecutadas en una eventual circunstancia de incapacidad...»

La regulación detallada e íntegra del patrimonio protegido se mantiene como ley especial frente al Código Civil.

Esta ley largamente esperada por los sectores asociativos vinculados a las personas con discapacidad, viene a cubrir las expectativas de todas las personas que tienen a su cargo a alguna persona discapacitada y temen cuál será su futuro cuando ellas falten.

Asimismo la ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección: la patrimonial; ya que uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos.

Se regula una nueva figura, la del «patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad[16]» que, una vez constituido, queda inmediata y directamente vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona que padece esta circunstancia. De esta forma se atiende a la preocupación de muchas familias que quieren prever la situación en que quedará su familiar discapacitado cuando los progenitores o tutores ya no estén o ya no puedan hacerse cargo de él, sin perjuicio de que el Estado despliegue la necesaria función asistencial cuando proceda.

Esta ley se suma a todas las iniciativas que ha ido estableciendo el ordenamiento jurídico para atender la situación especial de las personas con discapacidad, en aras a posibilitar la igualdad efectiva en el disfrute de los derechos que corresponden a todos los ciudadanos.

IV.1. Constitución y administración del patrimonio

Respecto a la nueva figura del patrimonio especialmente protegido, pueden ser beneficiarios del mismo el discapacitado afectado por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o los afectados por una minusvalía física y sensorial igual o superior al 65%.

Pueden constituir este patrimonio, o bien la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga plena capacidad de obrar, sus

16. Fórmula jurídica que se configura así, como la respuesta idónea a esta creciente demanda social, estando impregnada de los valores de la justicia social y del respeto a la autonomía de la voluntad en el marco de la iniciativa familiar. Se trata de una figura que aprovecha el concepto tradicional de patrimonio separado, con abundantes precedentes en la legislación española, y que responde plenamente a esas demandas insistentemente formuladas desde los sectores implicados, pues proporciona un instrumento para la satisfacción de las necesidades de los discapacitados en que se incentiva la iniciativa y la autonomía de los padres y allegados, sin por ello declinar la asistencia de las administraciones. Se trata, en definitiva, de favorecer la constitución de estas masas de bienes que puedan estar afectados a garantizar, sin perjuicio de la garantía pública que en cualquier caso existirá, la asistencia y calidad de vida de los discapacitados.

La regulación del patrimonio familiar está presidida por los criterios de la sencillez, flexibilidad y la transparencia en su gestión. Con el propósito de que la norma pueda ser adecuada a las cambiantes necesidades sociales manteniendo el consenso de su adopción, se encomienda la concreción de sus detalles al desarrollo reglamentario, reservando a la ley la definición de sus trazos esenciales. Más allá de las imprescindibles normas de derecho necesario, se deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad y se garantiza la transparencia de una figura que está llamada a asumir un relevante papel en la solidaridad social, mediante un sistema de supervisión pública e inscripción registral. El objetivo último y misión esencial del patrimonio protegido es, por lo tanto, garantizar la asitencia y la mejora de la calidad de vida del discapacitado.

padres o tutores, haciendo una aportación de bienes o derechos. En caso de negativa por parte de éstos, esa persona puede solicitar su constitución al juez.

La administración del patrimonio protegido se regula con gran flexibilidad, de forma que podrá corresponder a quien constituya el patrimonio, sea la propia persona con discapacidad, sean sus padres. Esta administración podrá también confiarse, si así lo decide el constituyente, a terceras personas o a instituciones sin ánimo de lucro especializadas en la gestión de este tipo de patrimonios.

Salvo en los casos en que haya constituido el patrimonio el propio discapacitado, las reglas de administración deberán prever que se requiera autorización judicial en los mismos supuestos que, en la actualidad, la requiere el tutor respecto de los bienes del tutelado, si bien se permite que el juez pueda flexibilizar este régimen. La ley regula también la extinción del patrimonio protegido, que se producirá por fallecimiento de la persona con discapacidad o porque ésta deje de padecer una minusvalía en los grados establecidos para ser beneficiario.

La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, al que deberá rendir cuentas de su gestión el administrador del patrimonio. Como órgano de apoyo y auxilio del Ministerio Fiscal se creará una Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la que participarán representantes de la asociación más representativa de los diferentes tipos de discapacidad. Esta Comisión llevará el Registro de Patrimonios Protegidos.

IV.2. Beneficios fiscales para los aportantes[17]

La ley contiene una serie de medidas tributarias[18] que tienen por objeto favorecer las aportaciones a los patrimonios protegidos, que complementan los beneficios fiscales introducidos en la última ley de reforma fiscal. De este modo, los parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado, el cónyuge y los tutores o acogedores de una persona con discapacidad, podrán deducirse de la base imponible de su IRPF un máximo de 8.000 euros anuales por las aportaciones dinerarias que realicen a un patrimonio protegido.

17. En orden a la regulación del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad es preciso traer aquí los instrumentos de que dispone la Hacienda Pública, pues la justicia que ha de acompañar al impuesto y su virtud coadyuvante en la consecución del interés general, hacen de aquéllos, elementos imprescindibles en el logro de los avances sociales.

18. El capítulo III de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, está dedicado a las modificaciones de la normativa tributaria, mediante las que se adoptan una serie de medidas para favorecer las aportaciones a título gratuito a los patrimonios protegidos, reforzando de esta manera los importantes beneficios fiscales que, a favor de las personas con discapacidad, ha introducido la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de Reforma Parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes del Impuesto sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes.

Si las aportaciones fueran no dinerarias, se permite la deducción de su valor y, si éste excediera de 8.000 euros, el exceso podrá deducirse durante los cuatro años siguientes, siempre que no se supere el máximo de 8.000 euros por año.

Además, en caso de que la aportación no dineraria pusiera de manifiesto un incremento de patrimonio en el aportante, dicho incremento se declara exento. Por ejemplo, si una persona hiciera como aportación una vivienda, la plusvalía puesta de manifiesto al transmitir la vivienda no tributa en este caso en el impuesto sobre la renta, como es habitual.

También se permite que las empresas puedan realizar aportaciones, dinerarias o no, a los patrimonios protegidos de sus empleados o de los parientes de éstos, también con un límite de 8.000 euros anuales. Esta aportación da derecho a una deducción de un 10% en la cuota del Impuesto sobre Sociedades.

IV.3. Beneficios fiscales para el discapacitado

Para el beneficiario de estas aportaciones, tendrán consideración de rendimiento de trabajo en la misma medida en la que dan derecho a deducción, es decir, hasta un máximo de 8.000 euros anuales. No obstante, se declara exenta una cantidad equivalente al doble del salario mínimo interprofesional. Además, este rendimiento de trabajo no estará sujeto a retención.

Al tener la consideración de rendimiento de trabajo, estas aportaciones, hasta un máximo de 8.000 euros anuales, no estarían sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y, sólo en caso de que la aportación superara este límite, el exceso estaría sujeto a dicho tributo.

Esta fiscalidad, unida a los beneficios que a favor de las personas con discapacidad introduce la última reforma tributaria, hace que sólo haya tributación cuando se aporten a los patrimonios protegidos grandes cantidades, o bienes de considerable valor, o cuando la persona con discapacidad tenga importantes ingresos.

Hay que tener en cuenta, además, que las Comunidades Autónomas podrán ampliar estos beneficios fiscales en el ámbito de aquellos impuestos sobre los que tienen capacidad normativa, especialmente el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el Impuesto sobre el Patrimonio.

IV.4. Otras medidas de protección patrimonial

Además de regular el patrimonio protegido, la ley incorpora un conjunto de modificaciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante las que se adoptan diferentes medidas que mejoran la protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Entre ellas, destaca la regulación de la autotutela[19]. Es decir, se permite que una persona en previsión de una futura incapacitación, por ejemplo cuando se le diagnostica una enfermedad degenerativa, pueda designar un tutor para sí mismo. También se permite que cualquier persona pueda solicitar al juez su propia incapacitación[20]. Se introducen, asimismo, diversas modificaciones del derecho de sucesiones[21]. Concretamente, figuran las siguientes:

a) Se impide que, en ausencia de testamento, puedan heredar a una persona con discapacidad los parientes que no le hayan prestado las atenciones debidas durante su vida.

b) Se permite que cualquiera de los padres pueda atribuir la totalidad de la herencia, incluyendo la legítima, a su hijo judicialmente incapacitado. Cuando éste fallezca, la legítima revertirá a sus hermanos o a los herederos de los mismos.

c) En caso de que un hijo con discapacidad conviva con su padre o madre, en el momento del fallecimiento de estos últimos se establece el derecho del hijo con discapacidad a disfrutar de la vivienda habitual de la familia sin que ello compute como parte de la herencia.

d) Finalmente, se regula por primera vez en el Código Civil el contrato de alimentos[22], por el que una persona prestará vivienda, manutención y asistencia a otra, a cambio de un capital en bienes mueble o inmuebles. Utilizando esta fórmula, los padres de una persona con discapacidad podrán entregar a su fallecimiento un capital a una institución especializada, a cambio de que ésta atienda durante el resto de su vida a su hijo con discapacidad[23].

19. *Vid*. artículo 9 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

20. El artículo 223 del Código Civil dispone en su nueva redacción que:

«Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.»

21. *Vid*. artículo 10 sobre Modificación del Código Civil en materia de régimen sucesorio de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

22. Su ubicación se sitúa dentro del Libro IV, Título XII del Código Civil, aprovechando el «hueco» que en los artículos 1791 a 1797 había dejado la regulación del contrato de seguro, lo que no deja de ser curioso, ya que se ha cubierto la misma extensión y numeración de preceptos (siete en concreto, como los derogados en esos mismos números) para no alterar el Código Civil y rellenarlo con los famosos preceptos «bis» que suelen existir en distintos textos legales que reciben estas modificaciones puntuales en cada legislatura.

23. La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista.

Su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del Código Civil.

V. CONCEPTO DE AUTOTUTELA

El padre del término «autotutela» fue el Abogado del Estado don Eloy Sánchez Torres[24], aunque el que recomendó la introducción de esta figura en nuestro derecho fue don Diego María Crehuet del Amo[25] que la denominó «tutela fiduciaria» definiéndola como «la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella, antes de haber incidido en incapacidad. Es pues la designación de tutor de sí mismo hecha por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz».

Badosa la define como «legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación», Romero Candau la define, siguiendo esta misma línea como «posibilidad de una persona para designar su propio tutor o excluir a alguien de tal cargo»; y por último Carpio González diciendo que «Es la posibilidad de que una persona mayor de edad para el caso de que, en el futuro, pudiera ser incapacitada, prevea, en plenitud de facultades, la delación del cargo tutelar a determinadas personas (autotutela positiva) y/o la exclusión del nombramiento de determinadas personas (autotutela negativa)».

De cualquier modo, la denominación de esta figura no ha sido pacífica en la doctrina, aun así entiendo que con la *Autotutela*[26], también denominada *delación voluntaria de la tutela*[27], se permite designar ante un notario, en un documento público, a aquella persona (física o jurídica sin ánimo de lucro) que uno quisiera que fuera su tutor, en caso de que en un futuro, fuera declarado incapaz. En la misma escritura también se puede excluir expresamente a alguien para ejercer funciones tutelares, así como nombrar sustitutos y órganos de control o supervisión de la tutela. Así mismo, **la persona puede dejar en ella reflejada su voluntad**, es decir, puede dar instrucciones de cómo quiere que sea ejercida su tutela, tanto en lo que se refiere al cuidado de su persona como a la administración de sus bienes. Es importante señalar que cuando se otorgue la escritura de autotutela la persona debe conservar sus facultades intelectuales y por tanto decidir libremente lo que quiere hacer.

La autotutela puede recomendarse para **prever y decidir lo que puede acontecer en el futuro**[28]. Mediante el nombramiento de tutor se protege realmente a la persona mayor ya

24. «Una nueva modalidad tutelar», en RCDI de 1928, pp. 347-348, donde se expresa en los siguentes términos: «La autotutela, valga este nuevo vocablo, es la manifestación práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona»,

25. Para un estudio de las ideas de Crehuet, vide De Couto Gálvez, R. M.ª, «Algunas reflexiones para autodesignar el cargo tutelar. La «autotutela en Cataluña», en RGLJ (3.ª época), enero-febrero, 2000, pp. 17 y ss.

26. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, define la autotutela en su Exposición de Motivos como «la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas».

Asimismo la Ley 9/1998, de 15 de julio (Código de Familia Catalán); en su preámbulo nos define la Autotutela «... según la cual cualquier persona con plena capacidad de obrar puede designar y establecer las condiciones de su organismo tutelar, en previsión de una futura declaración de incapacidad».

27. García Amigo denominaba autodelación de la tutela a la designación del propio tutor (Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 18 de mayo de 1983). Se estudió la autotutela e incapacitación voluntaria en otros debates parlamentarios como en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 24 de abril de 1983 y en la sesión plenaria del Senado de 21 y 22 de septiembre de 1984 (en Cortes Generales, Trabajos Parlamentarios, III, Código Civil, reformas 1978-1983, Madrid, 1985).

28. En este sentido Fábrega Ruiz, C. expresa que «nadie más legitimado para regular su mecanismo protector para el futuro que una persona que aún conserva su total capacidad».

que en los momentos en que ella no tenga la suficiente capacidad para gobernarse, habrá una tercera persona, designada por ella misma, que cuidará de su persona y de sus bienes, con todas las garantías legales.

Sin embargo, en la práctica hay pocas personas dispuestas a hacer de tutores, incluso entre los familiares cercanos. Es por ello que **se hace necesaria la existencia de entidades que realicen las funciones de tutela** que antes correspondían a los hijos o familiares. Con el fin de poder ejercer las tutelas con la dedicación y responsabilidad que requieren se necesitan importantes recursos tanto económicos como personales. Convendría, por tanto, intentar sensibilizar a la sociedad y a las instituciones para que apoyen a las entidades tutelares en la consecución de estos recursos. Es la única forma de que la protección de la persona mayor que nos ofrece el Derecho pueda ser, cada vez más, una realidad.

Por último y en lo que respecta a su naturaleza jurídica huelga decir que nos encontramos ante un negocio jurídico que presenta las siguientes notas configuradoras:

i) Es unilateral, porque la declaración negocial procede *ex uno latere*, sin que necesite para su perfección de la aceptación de nadie.

ii) Es recepticio, en tanto que, para la producción de los efectos negociales, es necesario que la declaración de voluntad sea notificada, es decir, dada a conocer a otra persona.

iii) Es personalísimo, porque el negocio de autodelación de la tutela sólo puede ser llevado a efecto por el propio interesado, sin que sea delegable su realización en un tercero.

iv) Es *inter vivos*, porque ha de producir sus efectos en vida del declarante.

v) Es solemne, en tanto que, para su validez, debe recoger en documento público notarial.

vi) Es revocable, al igual que el testamento (artículo 737 del Código Civil).

VI. LA AUTOTUTELA EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, SOBRE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA CON ESTA FINALIDAD

La autotutela aparece regulada en el capítulo II de la Ley 41/2003, el cual modifica los artículos 223, 234 y 239 del Código Civil[29].

29. El propio legislador en su Exposición de Motivos nos dice que la autotutela «... se regula introduciendo unos cambios mínimos en el Código Civil, consistentes en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que considere oportunas en prevision de su propia incapacitación, y ello en el mismo precepto que regula las facultades parentales respecto de la tutela, y en alterar el orden de delación de la tutela, prefiriendo como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación».

Para encontrarnos en la ley con una definición de lo que es Autotutela debemos acudir al Preámbulo de la misma ya que a lo largo de su articulado no aparece ninguna definición, tal y como habíamos apuntado anteriormente, de tal suerte que la definición que la ley nos ofrece es la siguiente:

> « (...) la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas».

El artículo 223 del Código Civil quedará redactado en los siguientes términos:

> «Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor[30], establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.
>
> Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.
>
> Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.
>
> En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en caso del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo».

Por lo que respecta al primer párrafo de este artículo entiendo que la vía testamentaria no es la más adecuada para recoger las disposiciones de la autotutela, ya que la autotutela es un negocio jurídico *inter vivos*, y el testamento es el prototipo de los negocios jurídicos *mortis causa*. De esta opinión es Romero Candau, quien considera que la autodelación de la tutela «en testamento no tendría sentido y ni siquiera sería conveniente»; y Campo Güerri «En cuanto al documento público notarial, si bien se ha admitido tanto la escritura pública como el acta de manifestaciones, a nuestro juicio, el instrumento adecuado es únicamente la primera dado el carácter esencialmente negocial de estas disposiciones».

Considero, al igual que don José Pérez de Vargas Muñoz[31] que la escritura pública es el medio idóneo para recoger la autotutela, y ello según el artículo 144.2 del Reglamento Notarial, «contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases. Por el contrario, el contenido de las actas son los «hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos» tal y como dispone el artículo 144.3 del Reglamento Notarial.

30. Este nuevo artículo del Código Civil coincide con el artículo 173 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia catalán, que dispone que «El padre y la madre que no estén privados de la potestad pueden ordenar en escritura pública, testamento o codicilo los nombramientos, sustituciones y exclusiones a que se refiere el artículo 172 y en la forma establecida en el mismo para cada uno de sus hijos menores, no emancipados o mayores de edad incapacitados, si tienen la potestad prorrogada o rehabilitada.»

31. Pérez de Vargas Muñoz, José, La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil. *Revista de Derecho Privado*, 2001, pp. 967 y 968.

Por último entiendo que esa designación podría hacerse en escritura pública que tuviese por esencial finalidad otro negocio jurídico distinto, ya que del tenor literal del artículo 223 del Código Civil sólo se desprende que la designación de tutor se haga en «documento público notarial» sin indicar en ninguna parte que ese documento público haya de tener por objeto único tal designación[32].

Por lo que respecta al segundo párrafo del artículo 223, entiendo que no sólo los mayores de edad pueden realizar el negocio de la autotutela sino que también los menores de edad emancipados, ya que este artículo nos habla de «cualquier persona».

Y entiendo que se debería de reconocer al emancipado esa capacidad para la autotutela ya que el artículo 323 del Código Civil le habilita «para regir su persona y bienes como si fuera mayor», aunque le impide realizar por sí solo exclusivamente una serie de actos (tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor), para los que le exige la asistencia de sus padres o curador. Mas nótese que, en relación con estos actos, el consentimiento definitivo para su realización procede siempre del emancipado, no del curador, que tan sólo le presta asistencia, pero sin que en ningún momento la voluntad de aquél pueda ser sustituida por la de éste, ya que el curado no es un representante legal del emancipado. Pero, además el artículo 323 del Código Civil entre estos actos que impide al menor emancipado realizar por sí solo no se encuentra el de la autotutela.

Todas estas consideraciones me llevan a admitir que el menor emancipado debería poder realizar por sí solo el negocio jurídico de la autotutela. Sin embargo García-Granero Colomer opina que el menor emancipado debería poder designar tutor de sí mismo, pero asistido de su padre o, en su caso, de su curador.

Con respecto a los dos últimos párrafos de este artículo, autores como don José Pérez de Vargas Muñoz[33] entienden que habría que haber adoptado una solución «a la catalana»[34], es decir, dado que esos negocios jurídicos de autotutela sólo podrían perfeccionarse por escritura pública, requisito *ad solemnitatem*, a efectos de su publicidad debería crearse un Registro especial al que los notarios vinieran obligados a dar cuenta de las escrituras de autotutela que vayan autorizando. Este Registro especial debería estar inserto en la Dirección General de los Registros y del Notariado y tener competencia en el ámbito estatal, según dicho autor[35].

32. Autores como Majada Planelles, A. (*La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 54): «No expresa el artículo 223 del Código si ha de tratarse de documento notarial autónomo, que especialmente haya de tener por objeto la ordenación tutelar. Claro está que sería insólito encontrarse con ésta en un documento notarial cualquiera, que no tuviera esa finalidad concreta y sin relación alguna con el derecho de familia, aunque no por ello dejaría de ser válida (...) De no tratarse de un documento autónomo, lo más frecuente será que las cláusulas tutelares se inserten en una escritura de capitulaciones matrimoniales». Opinión que aunque fue formulada en el año 1985 sigue teniendo vigencia.

33. Ob. cit., p. 970.

34. La Ley 11/1996, de 29 de julio, del Parlamento de Cataluña, creó un Registro que denominó «de tutelas y Autotutelas». La Disposición Adicional del Código de Familia de Cataluña ha dispuesto que ese Registro pase a denominarse ahora «Registro de Nombramientos Tutelares No Testamentarios». Y el artículo 251.1 del mismo Código dice: «En el Registro de nombramientos Tutelares no Testamentarios se inscriben las delaciones de las tutelas que han sido otorgadas en uso de las facultades previstas en el artículo 172». Este Registro se rige, en lo relativo a su organización, funcionamiento y publicidad, por el Decreto 360/1996, de 12 de noviembre, de la Generalidad de Cataluña, y comenzó a funcionar en enero de 1997.

35. Como hemos observado anteriormente el legislador español optó por una solución distinta a la catalana ya que «Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado».

En lo que se refiere al nombramiento de tutor, se modifica el artículo 234 del Código Civil párrafo primero de tal manera que se preferirá:

«1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.

2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado.

3.º A los padres.

4.º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.

5.º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez»[36].

Por último, se añade un nuevo párrafo al artículo 239 del Código Civil de tal manera que éste será su contenido:

«La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

Este nuevo párrafo al artículo 239 del Código Civil viene a ser una especie de cláusula de salvaguardia para los casos de falta de nombramiento de tutor.

Se proclama sin ambigüedades, la responsabilidad de las Administraciones públicas en la protección de los incapacitados desamparados. En el fondo se trata de un compromiso social a favor de las personas que no pueden valese por sí mismas por razón de enfermedad o disminución psíquica y se encuentran desatendidas, ya sea porque no han sabido o podido tomar previsiones con anterioridad, o porque no se les asiste en su entorno familiar.

La responsabilidad pública, ciertamente, debe ser subsidiaria, pero es ineludible y, por lo tanto, se debería instrumentar su ejercicio por vía de la delegación de funciones en profesionales o entidades no lucrativas que cumplan admirablemente estas finalidades de protección.

36. Podemos observar que este orden de preferencia no coincide con el artículo 179 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, de Código de Familia catalán, el cual dispone que «debe preferirse:

a) En la tutela de incapaz, a su cónyuge o la persona de sexo distinto con quien se convive en relación estable de pareja, en ambos casos, si la persona designada convive con el incapaz.

b) A los descendientes del incapacitado si son mayores de edad o, de otro modo los ascendientes, y, en este caso, si son el padre y la madre, supone la prórroga o rehabilitación de la potestad de los dos o de cualquiera de ellos.

c) Al cónyuge del padre o de la madre del menor o incapacitado o la persona que, al morir uno u otro, se halle respecto a éste en el supuesto de persona de sexo distinto con quien se convive en relación estable de pareja; en ambos casos, si la persona designada ha convivido con el menor o incapacitado durante los últimos tres años.

d) A los hermanos del menor o incapacitado.

2. No obstante, si lo estima más conveniente para los intereses del menor o incapacitado, la autoridad judicial, en resolución motivada, puede alterar el orden establecido o elegir a otra persona, teniendo en cuenta aquellas que se presenten voluntariamente para asumir los cargos indicados, si pueden beneficiar al menor».

Con este nuevo párrafo al artículo 239 del Código Civil se hace efectivo el artículo 49 de la Constitución Española que impone a los poderes públicos: prestar a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales la atención especializada que requieren y el amparo para disfrutar de los derechos que les corresponden como ciudadanos.

VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

En un país en el que la justicia civil se encuentra crónicamente al borde del colapso, es un lujo prescindir de las técnicas de autonomía privada. La institución de la autotutela, introducida recientemente en la legislación estatal por medio de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. (previamente introducida en el derecho catalán), ha significado un paso adelante muy importante.

El derecho y la práctica comparada nos enseñan que es posible ir más lejos: que es positivo facultar expresamente a una persona para que pueda tomar decisiones sobre su futura asistencia personal; que pueda ordenar, con el grado de detalle que considere oportuno, la manera en que será administrado su patrimonio y serán aplicadas las rentas de sus bienes; que pueda poner en marcha estos instrumentos de protección cuando todavía conserve una cierta autonomía personal, a fin de que pueda ir desplegando su eficacia progresivamente y no cuando los miembros de la familia crean que ha llegado la hora de incapacitarlo.

Facilitar el tránsito progresivo de la autonomía personal a la dependencia de terceros y hacer que el propio afectado sienta que gobierna el desarrollo de este proceso coadyuva a su bienestar personal, reduce angustias y tiene un indudable calor terapéutico.

VIII. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

– Badosa Coll, F., «La Autotutela» en *Estudios de Derecho Civil* en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, J.M. Bosch Editor, SA, Barcelona 1993.

– Brancós Núñez, E., "La Procuration irrévocable et l´étude des dispositions pouvant être prises pour organiser sa propre incapacité dans l´avenir», *Revista Notarius International*, vol 5, núm. 1, año 2000.

– Carpio González, I., «Primera regulación de la autotutela en Derecho español: la Ley Catalana 11/1996, de 29 de julio» *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, núm. 189, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1996.

– Chimeno Cano, M., «Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental» Aranzadi monografías, 2003.

– De Couto Gálvez, R.M.ª, *Los problemas legales más frecuentes sobre la tutela, asistencia y protección de personas mayores*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1999.

• «Algunas reflexiones sobre la legitimación para autodesignar el cargo tutelar. La "autotutela" en Cataluña» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* núm. 1 del 2000.

– Crehuet Del Amo, D.M.ª, «La Tutela Fiduciaria», *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1921.

– Dávila Huertas, E., «La Autotutela», *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, núm. 227, abril, 2000.

– Diputacion de Barcelona, *Ponencias y conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación*, año 1999.

– Fábrega Ruiz, C., «Protección jurídica de la tercera edad», *Biblioteca Jurídica de Bolsillo*, núm. 42, Colex, Madrid, 2000.

– García-Granero Colomer, A.V., «La Autotutela en el Derecho Común Español», *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1998.

– Hernández Ibáñez, C., «La Ley 42/2003: Relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados» *Diario La Ley* núm. 5990.

– Jiménez-aybar I. y Caparrós Cive, N., «El acogimiento familiar de ancianos. Nuevos retos de la política familiar: alternativas a la institucionalización de nuestros mayores» *Geriatrianet.com*, *Revista Electrónica de Geriatría 1/2001*.

– Magro Servet, V., «El nuevo contrato de alimentos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de modificación del código civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores» *Diario La Ley* núm. 6019.

– Pérez de Vargas Muñoz, J., «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil» *Revista de Derecho Privado*, 2001.

– Rodríguez-Arias Bustamante, L., «¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro derecho?», *RCDI*, 1953.

– Romero Candau, P.A., «Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad», *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VIII, Edersa, Madrid. 1995.

– Sánchez Torres, *Crónicas de Derecho extranjero de la Deustche Juristen Zeitung*, posteriormente utilizado y difundido en nuestras Cortes por le diputado popular Durán Corsenego con ocasión de la discusión parlamentaria para la elaboración de la Ley 13/1983, de 24 de octubre (Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados de 24 de abril de 1983).

– Serrano García, I., *La Protección Jurídica del Discapacitado I Congreso Regional*, Tirant lo Blanch, 2003.

– Zapatero González, «Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983» *RGLJ*, tomo 259.

– Vaquer Aloy A., «La autotutela en el código civil tras la ley 41/2003, de 18 de noviembre» *Diario La Ley*, núm. 5961.

Revista de Derecho de

familia

JURISPRUDENCIA

Habiéndose acordado por el Juzgado el cambio de guarda y custodia a favor del padre tras las incidencias habidas en la ejecución del régimen de visitas, la Audiencia revocó tal cambio sin fundamentar suficientemente tal decisión, por lo que el Tribunal Constitucional entendió que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del padre y acordó retrotraer las actuaciones para que la Audiencia Provincial dictase nueva resolución respetando este derecho.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA 8/2005, DE 17 DE ENERO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Los cónyuges don Jesús Manuel y doña María del Rosario obtuvieron Sentencia de separación de mutuo acuerdo el 12 de febrero de 1999. En el convenio regulador de la separación ambos cónyuges acordaron que la custodia de su hijo menor, nacido en 1994, así como la de su hija, correspondiera a la madre, mientras que el otro hijo del matrimonio quedó bajo la custodia del padre. Con posterioridad, por determinadas circunstancias familiares, la hija decidió marchar a vivir con su padre.

⊙ Con fecha 23 de noviembre de 2000 se dictó Sentencia de divorcio a instancia de don Jesús Manuel, el cual solicitó la custodia de su hijo menor, petición que no fue atendida por el Juez al estimar que no se había acreditado un cambio relevante de las circunstancias concurrentes cuando ambos progenitores habían decidido, de mutuo acuerdo, en el proceso de separación que este hijo permaneciera con su madre.

⊙ Como consecuencia de ciertas incidencias habidas en la ejecución del régimen de visitas aprobado judicialmente, el Juez de Primera Instancia dictó Auto, de fecha 28 de diciembre de 2001, en el que modificó la resolución sobre la guarda del menor acordada en Sentencia de 23 de noviembre de 2000 y atribuyó a don Jesús Manuel la guarda y custodia de dicho hijo, estableciéndose a favor de doña María del Rosario un régimen de visitas.

⊙ Doña María del Rosario interpuso recurso de apelación y la Sec. 1.ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife, acordó revocar íntegramente el Auto recurrido en apelación y mantener las medidas acordadas en la Sentencia de divorcio dictada el 23 de noviembre de 2000. De este modo, en lo que ahora interesa, quedaba inalterado el régimen de guarda y custodia del menor a favor de su madre.

⊙ Don Jesús Manuel interpuso recurso de amparo que fue estimado parcialmente por el Tribunal Constitucional que acordó restablecer el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente y anular el Auto de la Sec. 1.ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 23 de septiembre de 2002, retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior a su dictado para que por dicho órgano judicial se pronuncie nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental invocado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Razonamientos del Juez para modificar la guarda y custodia en fase de ejecución de sentencia.

Es a partir del mes de agosto de 2001 cuando se tiene en este Juzgado conocimiento cierto de los problemas que está planteando el cumplimiento del régimen de visitas establecido a favor del padre: en fecha 14 de agosto comparece en el Juzgado don Jesús Manuel, informando de que hace mes y medio que no puede ver a su hijo; por parte de doña María del Rosario se manifiesta que no se opone a que el niño vea a su padre, pero que es el niño el que no desea estar con él. Finalmente, se lleva a cabo la entrega del menor a su padre.

En fecha 11 de septiembre de 2001 comparece nuevamente en este Juzgado don Jesús Manuel y nuevamente solicita que se le ampare en su derecho a relacionarse con su hijo: se acuerda requerir a doña María del Rosario para que cumpla estrictamente la resolución judicial en la que se establecía el régimen de visitas.

En fecha 9 de noviembre don Jesús Manuel acude nuevamente al Juzgado con el mismo propósito, por lo que a la vista de las graves dificultades que está planteando el cumplimiento del régimen de visitas se acuerda convocar a las partes a una vista, que se celebra en fecha 14 de noviembre, y en la que se informa directamente por el Juez de este Juzgado a doña María del Rosario de que es su responsabilidad, como titular de la custodia de su hijo, garantizar el cumplimiento del régimen de visitas acordado; y se le informa de que cualquier incumplimiento será sancionado mediante la imposición de multas coercitivas, y que el incumplimiento reiterado del régimen acordado podrá incluso determinar la modificación del régimen de guarda del menor.

A fin de garantizar el cumplimiento del régimen de visitas, y para facilitar la constancia de los acontecimientos, se acuerda oficiar a la Policía Local de Breña Alta, lugar del domicilio de doña María del Rosario, solicitándoles que, en el caso de que se les informe por cualquiera de las partes de este procedimiento de que se están planteando problemas sobre el cumplimiento del régimen de visitas, acudan al lugar para comprobar qué es lo que está ocurriendo, y den cuenta de ello al Juzgado.

Los problemas en la entrega del menor se repiten, y por la Policía Local de Breña Alta se deja debida constancia de lo ocurrido en informes de fecha 16 de noviembre y 28 de noviembre.

A la vista de todo ello se acuerda convocar a las partes a una vista que se celebra el día 20 de diciembre de 2001, una vez que se ha practicado por la psicóloga de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Breña Alta informe sobre la situación del menor y las posibles causas de las dificultades de cumplimiento del régimen acordado. La citada vista, celebrada a los efectos de resolver, previa contradicción entre las partes, y de conformidad con lo previsto en el artículo 776.3 LEC, sobre la posible modificación del régimen de guarda, es la que da lugar a la presente resolución.

La resolución de la cuestión planteada debe partir, necesariamente, de la determinación de cuáles puedan ser las causas de la negativa del niño ... a acudir con su padre, pues según se manifiesta por su madre es ésta la única razón del incumplimiento del régimen de visitas. Para ello resulta de inestimable ayuda el informe pericial elaborado por la psicóloga de los Servicios Municipales, que fue sometido al debate contradictorio de las partes.

En primer lugar, en el referido informe se indica que el niño exterioriza su oposición a acudir con su padre, pero se constata que no se puede determinar ninguna causa objetiva para ello: es decir, el niño dice que no quiere ir con su padre, pero no es capaz de indicar por qué. Es más, la psicóloga autora del informe subraya que la relación entre el niño y su padre es muy buena (hace expresa referencia al hecho de que en una de las pruebas a las que es sometido el niño, la realización de un dibujo de la familia, el padre aparece pintado justo al lado del propio niño, cogiéndole por la mano, lo que explica la perito que es signo indicativo de la buena relación y del aprecio del niño por su padre, si verdaderamente existiera un problema grave –malos tratos– el padre nunca habría aparecido en ese lugar en el dibujo, posiblemente ni siquiera habría aparecido). Manifiesta también la perito que ha podido constatar la muy buena relación entre el niño y sus dos hermanos mayores (debe añadirse que la hermana mayor, es madre de un niño de corta edad que también vive con ellos). En suma, que se ha descartado pericialmente que la negativa del niño a estar con su padre responda a una causa objetiva y razonable.

Descartado lo anterior el informe apunta la única causa posible del comportamiento del niño: la existencia de influencias externas, que al niño se le haya enseñado que debe negarse a ir con su padre, o que se haya influido sobre él en ese sentido. Ésta es la hipótesis que considera correcta la perito, como consecuencia inevitable de lo expuesto en el párrafo anterior: no aparece motivo alguno para la mala relación entre el niño y su padre; y cuando el niño desconecta de la situación por la que se le pregunta, por ejemplo haciéndole dibujar o hablando de qué es lo que le gusta o desea, su padre siempre

aparece a su lado.

Dicho lo anterior, los datos de los que se dispone resultan claramente indicativos de que la influencia sobre el niño solamente puede proceder de la madre, pues es la titular de la guarda, o del ámbito de la misma, del que es ella responsable: el menor se encuentra, como se ha dicho, bajo su guarda, y los contactos con el padre han sido limitados; se ha constatado que el menor justifica su negativa a ir con su padre en razones que no son propias de un niño (dice, según explica la Sra. perito, que «su padre le quiere cortar el cogote», «si me voy con mi padre no le dará dinero a mi madre» o «si me pongo malo no me dan la medicina que tengo que tomar y me da bronquitis»); el informe pericial constata que en realidad el niño hace una valoración muy positiva (como no debe ser de otra forma en un niño de esa edad) de su padre; en el primero de los informes policiales unidos a las actuaciones (a ambos se ha hecho referencia anteriormente) se constata por el agente informante la actitud «impasible» de la madre cuando se la solicitaba su colaboración para que facilitara la marcha del niño con su padre, y se indica que se limitaba a decir «el niño está ahí si quiere ir, pero es él el que no quiere».

Las valoraciones anteriores ponen de manifiesto un grave incumplimiento por parte de la madre de sus obligaciones con relación a su hijo, especialmente en lo referente a su obligación de facilitar la relación del niño con su padre y, para ello, el correcto desenvolvimiento del régimen de visitas, que en este caso permite además al niño mantener la relación con sus hermanos. Y, de otra parte, que la madre, con su actitud, ha favorecido la culpabilización del niño: es inaceptable que se haga creer a un niño que si se pone enfermo su padre y sus hermanos no le van a dar medicinas; o que la subsistencia económica de su madre depende de que él permanezca con ella.

Debe añadirse la constatación pericial, así como a través de la prueba testifical practicada (se ha dispuesto, en este sentido, tanto del testimonio de los hijos mayores del matrimonio como de una pariente próxima de la propia doña María del Rosario) de que el niño está bien y correctamente atendido en la casa de su padre. Todo ello, unido, como se ha recalcado por el Ministerio Fiscal en la vista celebrada, a la buena relación del niño con sus hermanos, determina que se estime procedente, en interés del menor, modificar la guarda del mismo, que corresponderá a su padre, don Jesús Manuel (artículo 776.3 LEC en relación con los artículos 159, 92, 94 y 158.3 CC). Y ello por cuanto parece que no existe otra vía para poner fin a la situación creada por doña María del Rosario, a pesar de los sucesivos requerimientos, realizados incluso personalmente por el Juez que firma esta resolución, e incluso imposición de una multa.

La modificación de la guarda determina la necesidad de establecer un régimen de visitas a favor de la madre en este caso, que deberá ser coincidente con el anteriormente establecido a favor del padre.

Finalmente, debe indicarse que, a la vista de lo avanzado del curso escolar, y dado que por la Sra. perito se ha insistido en que el desarrollo escolar del niño resulta correcto, deberá evitarse que el mismo cambie de centro escolar. El cambio, durante este curso, solamente se llevará a cabo si resulta absolutamente necesario, y previa constatación de la necesidad y de que no se perjudica al niño, por este Juzgado (artículo 158.3 CC).

2. Razonamiento jurídico de la Audiencia Provincial para mantener la custodia a favor de la madre.

A la vista de las manifestaciones de las partes, y de las restantes actuaciones practicadas en la instancia, este Tribunal estima procedente la impugnación planteada.

Nos encontramos en el caso de autos, ante un supuesto incumplimiento por parte de la madre del régimen de visitas en su día acordado por la sentencia de divorcio, a favor del padre del menor. Incumplimiento que es denunciado por éste, con el objeto de que se acuerde judicialmente la ejecución de dicho régimen de visitas.

Sin perjuicio de que tratándose de medidas relativas a menores, el Juez puede acordar lo que estime por conveniente, atendidas las circunstancias del caso, y especialmente el interés superior del menor, a cuya protección deben propender todos los poderes públicos, sin sujeción por tanto al principio dispositivo que rige las contiendas civiles, es lo cierto que en el presente caso, no concurren razones que justifiquen una modificación del régimen de custodia en su momento acordado, ya que no han sobrevenido nuevas circunstancias que justifiquen la modificación de una medida de tanta trascendencia para la vida del menor, sino la adopción por el Juzgado *a quo* de cuantas medidas sean necesarias para garantizar su ejecución, de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Base jurídica del recurso de amparo.

El demandante de amparo alega que la Audiencia Provincial, sin haber presenciado personalmente las pruebas practicadas ante el Juez de Primera Instancia, revocó la resolución de éste incurriendo en un gravísimo error de apreciación del material probatorio obrante en los autos, pues, a pesar de la abundante prueba practicada (pericial psicológica, policial y testifical) y de su detallada valoración por el Juez de instancia, el Auto impug-

nado emplea tan sólo dos líneas para revocar la resolución apelada sin realizar una ponderación concreta y específica de las razones empleadas por el Juez de instancia al acordar la modificación de las medidas inicialmente adoptadas en la Sentencia de divorcio. Tan simplista razonamiento, manifiesta el recurrente, pudo estar influido por el sentido feminista de la Magistrada Ponente.

A su entender en el proceso judicial quedó probado y constatado que la madre no dejaba que el menor viese al padre, y decía que actuaba así de acuerdo con lo que quería el niño. Tal afirmación quedó descartada por la prueba practicada, y así lo estimó el Juez en el Auto apelado.

Como consecuencia de lo anterior considera que se han vulnerado los derechos a la igualdad (artículo 14 CE), a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE). Añade, además, que asimismo se ha vulnerado el artículo 9.3 CE, en tanto que garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la seguridad jurídica, y no se ha otorgado la protección que corresponde a la infancia de acuerdo a lo establecido en los tratados internacionales (artículo 39.4 CE).

4. Informe del Ministerio Fiscal.

El Fiscal evacuó el traslado conferido el 6 de julio de 2004. Tras describir los hechos sustanciales que condujeron al dictado de la resolución impugnada reproduce su criterio desfavorable a la estimación de la demanda, ya expresado en su informe de 17 de diciembre de 2003.

Descartada la cobertura en vía de amparo de los derechos recogidos en el artículo 9.3 y 39.4 CE, y rechazada la vulneración del derecho a la igualdad (artículo 14 CE) en la medida en que la demanda no contiene una fundamentación precisa sobre tal vulneración, el Ministerio público aborda la cuestión de si la resolución impugnada incluye o no una motivación suficiente, no arbitraria y razonable que supere el canon con el que se vienen enjuiciando por este Tribunal las resoluciones judiciales cuando se aduce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Para abordar esta cuestión recuerda que, según la doctrina jurisprudencial que cita, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, que es garantía frente a la arbitrariedad o irrazonabilidad de los poderes públicos. Ahora bien, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone, ni una extensión prefijada de tal motivación, ni la exhaustividad de la respuesta dada por los órganos judiciales, siendo admisible la motivación por remisión y la utilización de modelos estereotipados siempre que permitan conocer los motivos de la decisión adoptada.

Centrándose en la resolución judicial impugnada insiste en que el texto de la misma revela que la revocación de la decisión del Juez de Primera Instancia se basó en que no concurrían circunstancias nuevas que justificasen la modificación del régimen de custodia del hijo menor; en la trascendencia para el menor de un cambio en el régimen de custodia; y, finalmente, en la posibilidad de hacer cumplir el régimen de visitas acordado judicialmente a través de los medios previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El hecho de que el Auto impugnado no se mueva en la valoración específica de cada uno de los elementos tomados por el Juez, detalladamente explicitados en la resolución judicial, no quiere decir que la Sala no los haya tomado en consideración, ni que su decisión esté ayuna de razonamiento. Según el Fiscal es precisamente la ausencia de nuevos acontecimientos o circunstancias lo que lleva a no alterar el régimen de guarda del menor, e insiste además en que el informe psicológico practicado no permite afirmar como necesariamente más beneficiosa para el menor la custodia paterna, sino que tal informe tiene un carácter neutral.

Finalmente el Ministerio público entiende que el canon de enjuiciamiento de la resolución judicial ha de ser en general de interdicción de resoluciones inmotivadas, arbitrarias o patentemente erróneas, sin que en este caso deba utilizarse el canon reforzado a que se refieren las SSTC 221/2002 y 71/2004, pues, a diferencia de lo acontecido en los casos enjuiciados en estas resoluciones, no está comprometido ahora un derecho material, como lo era la integridad física y moral del menor, ni tampoco se ha producido, como entonces, un lapso de tiempo prolongado entre la decisión del Juzgado y la de la Audiencia.

5. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional.

A) Sobre la vulneración del derecho a la igualdad.

La apuntada irrelevancia constitucional resulta evidente en el caso de la alegación referente a la vulneración del principio de igualdad (artículo 14 CE), que el demandante considera responde al sesgo feminista que alimenta la resolución judicial impugnada, consecuencia de la condición femenina de la Ponente del Auto dictado por la Sección de la Audiencia Provincial (integrada, junto a ella, por otros dos Magistrados varones). Tal afirmación no sólo resulta ser una prevención gratuita que no puede derivarse de hecho alguno, ni se revela de ningún pasaje de la resolución judicial, sino que, si bien se mira, tampoco viene acompañada de

una argumentación seria que ponga en evidencia el ánimo infundado de favorecer los intereses o la postura procesal de la mujer frente al marido. Se trata más bien de una alegación reducida a un par de frases, que se deslizan con cierta ligereza y que, desde luego, no disponen de ningún razonamiento acabado que pueda llevarnos a entender levantada la carga que pesa sobre todo demandante de, además de abrir la vía del amparo, proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente es de esperar y que se integra en el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 167/2004, de 4 de octubre).

B) Sobre la vulneración del principio de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica y a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Otro tanto cabe afirmar respecto de la alegada vulneración de los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica que se recogen en el artículo 9.3 CE, así como de la ignorancia de la tutela que corresponde a la infancia conforme a los tratados internacionales (artículo 39.4 CE) temas que, además de no constituir núcleos autónomos de razonamiento, sino más bien simples digresiones respecto de la cuestión principal planteada en el recurso, que luego se estudiará, se refieren a principios o derechos que no resultan protegibles por sí a través del recurso de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 LOTC, en relación con los artículos 161.1.b) y 53.2 CE.

Finalmente se alude en la demanda al derecho a un proceso con todas las garantías y a la utilización de los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 CE), pero tal alusión se realiza en el marco y al servicio de la denuncia de las deficiencias de motivación que se reprochan al Auto impugnado, pues viene a enfatizar la necesidad de una adecuada motivación en las resoluciones judiciales que revoquen la del órgano ante el cual se practicaron las pruebas que se encuentran en la base de la resolución adoptada. Esta relación de subordinación entre una y otra queja justifica una respuesta conjunta de ambas al abordar la principal, en la que se subsume el resto, tarea que pasamos inmediatamente a realizar.

C) Sobre la falta de motivación de la resolución de la Audiencia Provincial.

En las alegaciones efectuadas el demandante de amparo denuncia la falta de motivación de que adolecería el Auto de la Audiencia Provincial, revocatorio de la resolución del Juez de Primera Instancia por medio de la cual se atribuyó al demandante de amparo la guarda y custodia de su hijo menor, que hasta entonces tenía la madre. Tal queja puede entenderse vertida en el conjunto del escrito de demanda, y alcanzaría concreción en los pasajes en que se alude a las escasas líneas empleadas para revocar el Auto del Juzgado en contraste con el abundante razonamiento de éste, así como en las referencias al simplismo de la argumentación de la Audiencia Provincial.

Para abordar el estudio de si el Auto frente al que se demanda nuestro amparo respeta o no el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva bueno será recordar la doctrina constitucional sobre el contenido primigenio de este derecho fundamental, esto es, el derecho a una resolución fundada en Derecho sobre la integridad de las pretensiones formuladas ante la jurisdicción. A tal efecto es suficiente recordar, con la STC 172/2004, de 18 de octubre, que «el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que también puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; y 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras muchas). Asimismo, hemos dicho que la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos (por todas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4). También es doctrina reiterada la de que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; y 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio; y 5/1986, de 21 de enero, entre otras). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en

Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; y 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6). En suma, el artículo 24 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; y 10/2000, de 31 de enero, FJ 2)».

La aplicación de esta doctrina al caso ahora enjuiciado ha de conducirnos al examen de si la resolución de la Audiencia Provincial permite o no tomar cabal conocimiento de las razones por las que se estimó incorrecta la resolución apelada, pues, aun cuando suele ponerse el acento en el carácter de *novum iudicium* del recurso de apelación (con lo que se sitúa el foco en los poderes del órgano *ad quem*), no cabe olvidar que tal medio de impugnación no se configura pura y simplemente como un replanteamiento de lo sometido al Juez de instancia, sino como un medio de fiscalización de una resolución judicial que ha de combatirse en su resultado y fundamentación, de tal modo que ni aquél ni ésta pueden sencillamente ignorarse por más que para esta labor de enjuiciamiento se dote al órgano llamado a realizarla de unos poderes frente a la fijación de los hechos muy semejantes (aun cuando no idénticos) a los del órgano que conoció en primera instancia. Consecuencia de lo anterior es que el enjuiciamiento constitucional de la adecuación de la motivación de una resolución judicial toma en consideración, no solamente lo planteado por las partes desde el inicio del proceso, sino también, y esencialmente, las razones ofrecidas por la resolución judicial impugnada, las cuales habrán de ser avaladas o contradichas por el órgano *ad quem*. Es más, la necesidad de hacer explícitas las razones que conducen a un determinado fallo se hace más patente cuando la resolución de segunda instancia corrige la resolución apelada, pues, mientras que para la confirmación del criterio del órgano *a quo* puede ser suficiente con razonar la falta de disentimiento con su criterio, para la revocación de toda resolución es preciso expresar con claridad, aun cuando sea brevemente, las razones que conducen a ello.

Pues bien, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta resolución, para llegar a alterar el régimen de guarda y custodia sobre el hijo menor del demandante el Juez de Primera Instancia relata primeramente las incidencias habidas en el cumplimiento del régimen de visitas. Así alude a las sucesivas quejas del demandante ante el Juzgado en relación con el incumplimiento del régimen de visitas y a los requerimientos judicialmente efectuados a la madre para que facilitase las visitas acordadas; a la necesidad de que, dadas las graves dificultades surgidas, se convocara una comparecencia de los progenitores para informar a la madre de la posibilidad de imponerle multas coercitivas si no facilitaba las visitas; e incluso de la eventualidad de la modificación del régimen de guarda. Igualmente el Juez acordó dirigirse a la policía local para que comprobase los problemas que pudieran surgir en el cumplimiento del régimen de visitas, lo que efectivamente se hizo en dos ocasiones. A la vista de ello el órgano judicial acordó un reconocimiento psicológico del menor, cuyo resultado evidenció que cuando éste manifestaba no querer ir con el padre no era capaz de dar ninguna razón, por lo cual, dada la buena relación con el padre y con los hermanos, concluye que no existe una causa objetiva y razonable a tal negativa, sino que ella es producto de la influencia de la madre, única explicación plausible de que el niño manifieste al perito que «su padre le quiere cortar el cogote», «si me voy con mi padre no le dará dinero a mi madre» o «si me pongo malo no me dan la medicina que tengo que tomar y me da bronquitis».

En segundo lugar califica tales incidencias como incumplimiento por la madre de las obligaciones derivadas del régimen de visitas acordado judicialmente, incumplimiento que, no sólo impide el contacto regular con el padre, sino también con los hermanos, y además constata que la madre ha favorecido la culpabilización del niño haciéndole creer que su subsistencia económica dependía de su permanencia con ella.

Concluye que la prueba pericial y la testifical de un pariente próximo de la madre revelan que el menor se encuentra bien atendido con el padre y que existe una buena relación con los hermanos, por lo que el interés del menor aconseja atribuir la custodia al padre, lo que justifica además en que no existe otra vía para poner fin a la situación creada por la madre frente a la cual no han surtido efecto sucesivos requerimientos e, incluso, la imposición de una multa coercitiva.

Pues bien nos encontramos por tanto ante una resolución judicial en primera instancia que se basa en la constatación de ciertos hechos y en la ineficacia de las medidas judiciales acordadas como consecuencia de ellos, y que valora estas circunstancias como justificativas de un cambio del régimen de custodia en beneficio del mantenimiento del trato del menor con su padre y sus hermanos, que conviven con éste. Por el contrario la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación interpuesto frente a tal resolución, tras reconocer las facultades del Juez para acordar lo mejor para el menor sin sujeción al principio dispositivo, se limita a razonar que «no concurren razones que justifiquen una modificación del

régimen de custodia en su momento acordado, ya que no han sobrevenido nuevas circunstancias que justifiquen una modificación de una medida de tanta trascendencia para la vida del menor, sino la adopción por el juzgado *a quo* de cuantas medidas sean necesarias para garantizar su ejecución, de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de enjuiciamiento civil».

No resulta constitucionalmente admisible que, una vez que el Juez de Primera Instancia explicita ciertos hechos ya señalados con anterioridad (sucesivos incumplimientos del régimen de visitas, culpabilización del menor en cuanto a la subsistencia de su madre, buena relación con el padre y los hermanos negada por la madre, etc.), éstos sean simplemente ignorados por la Audiencia Provincial al afirmar lisa y llanamente que no han sobrevenido circunstancias que justifiquen la variación del régimen de custodia del menor, sin que ello venga precedido de una diferente apreciación de tales circunstancias o de la valoración jurídica que merezcan al Tribunal. La afirmación de que no se han producido circunstancias nuevas, o la de que, habiéndose producido, no revisten entidad justificativa de un cambio del régimen de custodia, no pueden constituirse en un juicio apodíctico, sino en la conclusión de un razonamiento que desmonte la argumentación del órgano judicial cuya motivada resolución se apelaba. Así lo exige el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, quien había obtenido ya una resolución judicial favorable a sus pretensiones que le es revocada sin que se expresen las razones que conducen a tal decisión.

Finalmente cabe anotar que el déficit de motivación que acabamos de apreciar no resulta contradicho por una genérica referencia a la necesidad de agotar los medios de ejecución forzosa de los que puede servirse el Juez a tenor de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la resolución apelada ya expresa la actividad desenvuelta para lograr el cumplimiento espontáneo (comparecencia y requerimiento a la madre), la utilización de uno de los medios establecidos en el artículo 776.2 LEC (multa coercitiva) y, finalmente, la adopción de una medida prevista expresamente en este texto legal (en concreto, en el artículo 776.3 LEC) para el caso de incumplimiento reiterado (modificación del régimen de guarda y visitas). Frente a ello la Audiencia, ni concretó qué tipo de medidas resultarían más adecuadas, ni razonó por qué motivo la adoptada se revela como inadecuada para los intereses del menor.

Nulidad de lo actuado en el procedimiento de reclamación de paternidad en el que admitida la prueba pericial consistente en la extracción de muestras de ADN de un cadáver y la misma no llegó a practicarse por causas ajenas a la parte que reclamaba la filiación.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA 3/2005, DE 17 DE ENERO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Candelaria planteó demanda solicitando que los demandados, que son la viuda y herederos de don Lázaro fueran condenados a reconocer su filiación extramatrimonial respecto del citado Sr. Lázaro, demanda que dio lugar al juicio de menor cuantía 368/1999 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de La Laguna, que dictó Sentencia el 3 de marzo de 2000 desestimando la pretensión de la actora porque no había acreditado el hecho en que fundamentaba su pretensión.

⊙ Durante la tramitación del juicio la representación procesal de la Sra. Candelaria, entre otros medios, propuso la práctica de una prueba biológica para la determinación de su paternidad, a cuyo efecto solicitó la exhumación del cadáver de quien decía que era su padre. Mediante Auto de 15 de diciembre de 1999 dicha prueba fue denegada por considerarla el Juzgador impertinente «teniendo en cuenta el respeto debido al descanso eterno del fallecido», si bien en la Sentencia dictada posteriormente por este mismo Juzgado se argumentaba la inadmisión de la prueba pericial biológica «por

el respeto que el descanso eterno del fallecido nos merece y porque los datos relativos a su ADN los habría obtenido igual de alguno de sus familiares directos».

⊙ Contra dicha denegación interpuso la Sra. Candelaria recurso de reposición en el que ya se alegó que pretendiendo probar su filiación extramatrimonial, si se denegaba la práctica de la prueba biológica sería prácticamente imposible acreditar los hechos en que sustancialmente se fundamentaba su pretensión. El recurso fue desestimado.

⊙ Durante la tramitación de los recursos la Sra. Candelaria propuso la práctica, entre otras, de dos pruebas periciales biológicas para acreditar quién era su padre: 1) la exhumación del cadáver para recoger muestras y cotejar el ADN, que ya había sido denegada en primera instancia; 2) con el mismo objeto de la determinación del ADN de quien presumía era su padre, proponía también que por parte del Hospital Nuestra Señora de la Candelaria de Santa Cruz de Tenerife se remitiese el informe correspondiente a una biopsia realizada al mismo antes de su fallecimiento. De las dos pruebas periciales propuestas sólo admitió la primera siempre que los familiares más cercanos del Sr. Lázaro no se opusieran a la exhumación de su cadáver, sin la valoración a realizar sobre las consecuencias que se pudieran derivar para la resolución del recurso de la eventual negativa a consentir dicha exhumación.

⊙ Para la práctica de dicha prueba se libró el correspondiente exhorto no pudiendo ser cumplimentadas las diligencias solicitadas habida cuenta de que no consta en este Juzgado quiénes sean los familiares más cercanos –viuda, o en su defecto hermanos, sobrinos– del difunto don Lázaro, por no constar ningún antecedente en este Juzgado respecto de dichas personas, siendo imposible por tanto practicar la prueba y traslados solicitados, se acuerda la devolución del presente por conducto de su recibo, previa baja en el libro de exhortos. Esta diligencia es revisable de oficio o a instancia de parte. El 15 de febrero de 2001 la recurrente en amparo presentó escrito ante la Audiencia Provincial que estaba conociendo del recurso de apelación para que reprodujera el exhorto acordando la práctica de la prueba y a tal efecto facilitaba el nombre y domicilio de la viuda del Sr. Lázaro, siendo denegado por la Audiencia Provincial en base a que había finalizado el período de prueba.

⊙ La Sentencia de la Audiencia Provincial de 10 de marzo de 2001 desestimó el recurso de apelación. Por lo que respecta al primer motivo de impugnación, la Audiencia lo rechaza por entender que no habiéndose negado la persona frente a la que se reclama la paternidad a someterse a la práctica de la prueba pericial biológica, por haber fallecido la misma con anterioridad, no puede haberse vulnerado la doctrina jurisprudencial sobre la valoración de dicha negativa al tratarse de una doctrina no extrapolable a las personas fallecidas. Respecto al segundo motivo de impugnación, también es rechazado por entender la Audiencia que no era procedente acordar la práctica de dicha prueba pericial biológica al no existir indicios serios de la conducta que se pretendía acreditar, pues si bien es cierto que junto con la demanda y para superar el trámite de admisión de la misma se presentó un acta de manifestaciones susceptible de considerarse como un principio de prueba de dicha conducta, ésta no resulta corroborada por ninguna de las demás pruebas practicadas en instancia.

⊙ Doña Candelaria interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación dictándose auto por la Audiencia Provincial el 17 de abril de 2001 por el que tuvo por no preparados los recursos anunciados.

⊙ Interpuesto recurso de queja por entender que cabía recurso extraordinario por infracción procesal y de casación y que debía tenerse por preparado por los mismos argumentos contenidos en el recurso de reposición relativos a la doctrina del Tribunal Supremo en relación con pruebas admitidas y no practicadas, el Tribunal Supremo dictó Auto de 16 de octubre de 2001 declarando no haber lugar a lo solicitado.

Contra el conjunto de resoluciones judiciales referidas interpone la recurrente demanda de amparo por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) desde la perspectiva del derecho a utilizar los medios de prueba, por denegarse de manera reiterada y sin motivación relevante suficiente la prueba propuesta, lo que le ha producido indefensión. Dicho recurso fue estimado por el Tribunal Constitucional que acordó retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la Sentencia de la Audiencia Provincial, para que se pronuncie una nueva Sentencia en la que se respete el derecho fundamental lesionado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base jurídica del recurso de amparo.

Fundamenta dicha vulneración en que, aunque en la primera instancia la prueba biológica para la determinación de la paternidad fue denegada «por respetar el descanso eterno del fallecido», la Audiencia Provincial admitió su práctica, si bien la misma no se realizó porque librado el correspondiente exhorto al Juzgado de Primera Instancia éste dijo desconocer la identidad y el domicilio de los familiares del fallecido que tenían que consentir la exhumación del cadáver para extraer los restos que proporcionarían muestras significativas de ADN, lo que en opinión de la recurrente resulta insólito cuando en dicho Juzgado se tramitó la primera instancia del proceso en el que constaban tales datos y ser dicho Juzgado el que dictó la Sentencia que se apelaba. Señala, asimismo, que la indefensión se prorroga en apelación porque la Audiencia, pese a tramitar el exhorto y haber por ello considerado pertinente la misma, simplemente deniega la práctica de la prueba argumentando que ha concluido el período probatorio, consumándose la indefensión al ser la propia actuación de los órganos del poder judicial la que en definitiva ha impedido que dicha prueba pudiera llevarse a cabo pues, además, se aprecia a lo largo del proceso una motivación «peregrina» para denegar o no practicar la prueba.

Por escrito registrado el 10 de septiembre de 2004 la parte recurrente se ratifica en el contenido constitucional de la demanda y argumenta en relación con los óbices procesales alegados por el Ministerio Fiscal en el trámite de admisión de la misma. En concreto se alega que es doctrina constitucional la relativa al derecho a utilizar cuantas acciones y recursos se consideren útiles para la defensa de los intereses y de los derechos constitucionales por lo que no puede exigirse al litigante que renuncie a un recurso asumiendo el riesgo de lo que razonablemente pudiera suponer posteriormente una falta de agotamiento de la vía judicial previa (SSTC 120/1986, 67/1988, 120/1986, 289/1993, 352/1993), por lo que entiende que tal y como ha precisado este Tribunal se ha de aplicar restrictivamente el concepto de recurso improcedente. En el presente caso entiende que el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para llegar a su conclusión de inadmisión debió realizar una exégesis de variados preceptos de la LEC 2000 como nueva legislación procesal. Tal necesidad de exégesis pone de manifiesto que la inadmisión del recurso de casación no procedía de manera terminante y clara e inequívoca del propio texto legal suscitando suficientes dudas que tuvieron que ser resueltas por el propio Tribunal Supremo con un criterio interpretativo de manifiesta dificultad. Argumentación que se esgrime igualmente para el segundo óbice de procedibilidad aducido por el Ministerio Fiscal por cuanto, además, en todo caso se trataría de defectos de carácter formal no pudiéndose imputar a la parte ahora recurrente de amparo la producción de las vulneraciones de derechos fundamentales que ante este Tribunal se esgrimen al no existir una aquietamiento de esta parte en ningún momento.

2. Informe del Ministerio Fiscal.

Por un lado alega que concurre la causa de inadmisión prevista en el artículo 44.2 LOTC, esto es la extemporaneidad de la demanda, al haberse interpuesto un recurso manifiestamente improcedente con la utilización simultánea del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación pues el recurso de casación era inadmisible porque no se podía alegar ninguna infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y con ello era inadmisible también el recurso extraordinario por infracción procesal. En consecuencia la parte debió acudir en amparo directamente contra la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Por otro lado, en caso de no apreciarse este óbice, aduce que igualmente podría concurrir

la falta de agotamiento de la vía judicial si se entiende, como enseña la doctrina del Tribunal Constitucional, que el recurso planteado en la vía judicial con incumplimiento de los requisitos exigibles para su interposición es como si no se hubiese interpuesto y, por tanto la demanda sería prematura (por todas, STC 4/2000). Efecto observable en el presente caso en el que recurso extraordinario por infracción procesal planteado simultáneamente con el del casación incumplió los requisitos exigibles para su interposición puesto que, aun cuando se invocó la vía del interés casacional del artículo 477.2.3 LEC 2000, no se alegó la vulneración de normas aplicables al objeto del proceso como exige el artículo 477.1 LEC 2000, sino únicamente la vulneración de normas aplicables al proceso mismo.

Entrando en el fondo de la vulneración alegada, el Ministerio Fiscal entiende que existe vulneración constitucional y que la actitud procesal de la recurrente, pese a plantear algunas dudas, no resulta relevante para la producción de las vulneraciones que se denuncian. En concreto señala que en principio se aprecian dos omisiones que cabe atribuir a la parte demandante: a) la omisión de interponer recurso de súplica contra la decisión de la Audiencia sobre la proposición de la prueba en segunda instancia y por condicionar su práctica al consentimiento de los familiares; y b) su aquietamiento durante la tramitación del recurso de apelación con la decisión de la Audiencia de denegar la práctica de la prueba por haber expirado el período probatorio.

En relación con la primera omisión, el Ministerio Fiscal entiende que carece de trascendencia porque la prueba que tenía el mismo objeto que la denegada (biopsia del Hospital) se admitió aunque fuera de modo condicional, sin que la condición impuesta a su práctica tenga verdadera relevancia ya que, según la resolución judicial que la impuso, a su incumplimiento era posible conectar las consecuencias que se derivan de la negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica para la determinación de la paternidad. Por lo que respecta al aquietamiento considera que, igualmente, carece de trascendencia porque a la vista de que la última denegación se acordó por haber expirado el plazo probatorio es comprensible que, como dicho plazo se había cumplido, la parte entendiera que su única posibilidad de defensa era, como hizo, pedir su práctica en diligencia para mejor proveer y articular contra la Sentencia que se dictara los recursos procedentes para que se llevara a efecto la prueba. Por ello, concluye el Ministerio público, la falta de práctica de la prueba no puede imputarse a la parte demandante y, al ser la misma la *ratio decidendi* de la desestimación de la pretensión se debiera concluir en este momento procesal reconociendo la existencia de la vulneración del derecho fundamental alegado y admitiendo el amparo.

En cualquier caso, a juicio del Ministerio Público, la falta de práctica de la prueba por parte del Juzgado no puede considerarse justificada por la inexistencia en el mismo de datos que permitieran la localización de los familiares que debían consentir la exhumación porque, aun aceptando que no constaban tales datos por haberse remitido las actuaciones a la Audiencia para la sustanciación de la apelación, era obligación del Juzgado desde la perspectiva del artículo 24 CE, teniendo en cuenta el objeto de la pretensión que se estaba ventilando en el proceso, recabar los mismos de la Audiencia en lugar de limitarse a devolver el exhorto. Actitud esta que para el Ministerio Fiscal puso de manifiesto la reiterada negativa del Juzgado a la práctica de la prueba adoptada desde que se propuso, utilizando para ello un motivo tan fútil como el «respeto debido a la memoria de los muertos» cuando lo que estaba en juego era el reconocimiento de la filiación de quien presuntamente fue creada por el fallecido (artículo 39.2 CE) y manifestando, tras ser admitida la prueba que este órgano denegó, otro motivo de futilidad semejante porque a su alcance estaba encontrar dichos datos realizando, simplemente, una petición de los mismos a la Audiencia si es que por el transcurso del tiempo se había olvidado la identidad y domicilio de los demandados que fueron emplazados por el propio Juzgado. En consecuencia no puede entenderse que la demandante de amparo haya contribuido con su actuación por medio de sus representantes en el proceso, a desproveer de contenido constitucional su demanda.

Tampoco en opinión del Fiscal queda desprovista la demanda de contenido constitucional por los motivos contenidos en la Sentencia de apelación por cuanto el razonamiento judicial utilizado resultaba contradictorio con el contenido en la resolución en la que la propia Audiencia admitió la práctica de dicha prueba pericial. En concreto si se entendió que era procedente practicar la prueba no es posible aceptar que ulteriormente se diga que lo procedente es inadmitirla. Asimismo el hecho de que no se practique debiera ser tomado en cuenta a la hora de resolver la pretensión en uno u otro sentido. Pero no lo hace así la Audiencia Provincial ni tampoco lo pidió al parecer la recurrente durante la vista del recurso, pero en opinión del Ministerio Fiscal es indudable que no se pueden poner a cargo de ésta las consecuencias desfavorables que se derivan de la falta de práctica de la prueba porque no le son imputables cuando quien impuso la condición del consentimiento para la exhumación fue la propia Audiencia, por lo que ella era quien debió facilitar en el exhorto la identidad y domicilio de quienes debían consentir la misma datos que

constaban en las actuaciones que tenía en su poder y porque en todo caso el recurrente los facilitó en cuanto supo cuál era la causa que imposibilitaba la práctica de la prueba.

El 8 de septiembre de 2004 el Ministerio Fiscal registró escrito de alegaciones interesando la denegación del amparo.

El Ministerio público precisa, en primer lugar, que el objeto del recurso alcanza a todas las Sentencias dictadas en el proceso como se infiere del hecho de que solicite la demandante de amparo expresamente su anulación y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a inadmitirse por primera vez la prueba biológica en el Juzgado. Del mismo modo, señala que el derecho que debe entenderse vulnerado es el de la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho a la defensa del artículo 24.1 CE al haber sido admitida la prueba y finalmente no practicada, aunque se atribuyan en la demanda a las resoluciones recurridas defectos de motivación no precisados.

En cuanto al fondo del asunto el Ministerio Fiscal examina si la prueba admitida que no fue practicada se frustró por la actuación de los órganos judiciales o por la actitud de la parte ya que, en este último caso, la vulneración aducida no se habría producido (ATC 16/2000). A tal efecto examina el comportamiento de la parte demandante de amparo a lo largo del *iter* procesal y reitera, como hiciera en fase de admisión, que ni la falta de interposición de un recurso de súplica contra la decisión de la Audiencia sobre la proposición de prueba en segunda instancia, ni su aquietamiento durante la tramitación del recurso de apelación con la decisión de la Audiencia de denegar la práctica de la prueba por haber expirado el período probatorio pueden considerarse determinantes de la frustración de la prueba admitida.

Ello no obstante, el Ministerio Fiscal propone la desestimación del recurso de amparo a la vista de las actuaciones por cuanto aunque un análisis aislado de las resoluciones judiciales recurridas llevaría al otorgamiento del amparo, las actuaciones judiciales ponen de manifiesto que lo acontecido es algo distinto y trascendente desde la perspectiva constitucional. En particular, señala el Ministerio que una vez fue admitida en segunda instancia la prueba biológica, utilizando para su práctica ADN a extraer del cadáver de quien asegura que es su padre, si es que los familiares consentían su exhumación, el exhorto librado por la Audiencia al Juzgado para que se llevara a cabo dicha prueba fue entregado a la representación procesal de la demandante de amparo para que cuidara de su cumplimentación, entrega que, aunque no consta acreditada en actuaciones, debió tener lugar en la misma fecha en que se acordó su libramiento, el 27 de noviembre de 2000 o, en todo caso, con la antelación suficiente para que pudiera gozar de todo el plazo, cuya expiración se hizo constar tanto en el exhorto como en el proceso, que tendría lugar el 19 de enero de 2001. Siendo ello así, considera incomprensible que el exhorto fuera entregado en el Juzgado el 8 de febrero de 2001, una vez que había finalizado dicho plazo, razón por la cual se puede asegurar que si la prueba no se practicó no fue por otra causa que por la falta de diligencia con que actuó la representación procesal de la parte que pide amparo lo que impide el otorgamiento del mismo. Así lo reconoció también la Audiencia cuando, tras solicitarle la demandante de amparo que reprodujera el exhorto al Juzgado para la práctica de la prueba que éste decía imposible por desconocer el domicilio de quienes debían consentir la exhumación, dictó Providencia acordando desestimar dicha petición por haber transcurrido el plazo para practicar la prueba, sin que pueda entenderse que dicha resolución resulte contradicha en la Sentencia pues ella no se refiere al transcurso de dicho plazo sino a la improcedencia de acordar su práctica, porque con tal razonamiento lo que se está resolviendo es la pretensión subsidiaria planteada sobre la procedencia de practicar la prueba a través de las diligencias para mejor proveer, cuestión esta que no ha sido planteada en el recurso de amparo como tampoco lo ha sido la inadmisión del recurso de casación planteado de ahí que no pueda entrarse en su análisis por impedirlo la naturaleza rogada de esta jurisdicción.

3. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional para estimar el recurso de amparo.

A) Cuestiones procesales previas.

El examen de la presente demanda de amparo debe comenzar por los óbices procesales alegados por el Ministerio Fiscal ya que, de concurrir éstos, la demanda debiera ser inadmitida en esta fase procesal pues, como hemos declarado en otras ocasiones, «los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados porque la demanda haya sido inicialmente admitida, de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede siempre abordarse en la Sentencia, de oficio o a instancia de parte» (entre muchas, SSTC 53/1983, de 20 de junio, FJ 2; 90/1987, de 3 de junio, FJ 1; 50/1991, de 11 de marzo, FJ 3; 107/1995, de 3 de julio, FJ 2; 77/1999, de 26 de abril, FJ 2; 208/2001, de 22 de octubre, FJ 2; 69/2003, de 9 de abril, FJ 2).

Dos son los óbices alegados por el Ministerio público. De un lado considera que la demanda podría ser extemporánea al interponer la parte ahora recurrente un recurso manifiestamente improcedente. De otro lado, y de modo subsidiario,

considera que en caso de que se consideraran procedentes los recursos interpuestos, podría también considerarse prematura la demanda al ser imputable a la propia parte su inadmisión y, en consecuencia, ser de aplicación la doctrina de este Tribunal que considera los recursos frustrados por la parte se deben considerar como recursos no interpuestos por lo que, al impedirse a los órganos judiciales la reparación del derecho fundamental vulnerado, debiera considerarse vulnerada la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo.

En relación con la tacha de extemporaneidad de la demanda de amparo, el análisis debe partir de una serie de circunstancias concurrentes al momento de la interposición de los recursos de casación y el extraordinario de infracción procesal que presentan relevancia desde la perspectiva del plazo máximo de caducidad de veinte días establecido en el artículo 44.2 LOTC y de la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1.a) LOTC.

Así, debe partirse de que la interposición del recurso de casación e infracción procesal aplicable se encontraban regulados en una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) que, aunque de fecha 7 de enero de 2000, entraba en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se llevó a cabo el 8 de enero de 2000, de modo que la norma no entró en vigor hasta enero de 2001. Asimismo debe tenerse en cuenta que el recurso se interpuso el 10 de marzo de 2001, es decir, apenas dos meses después de la entrada en vigor de la nueva normativa procesal y que, además, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su Disposición Final Decimosexta en relación con el recurso extraordinario por infracción procesal que, hasta tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del mismo, este recurso sólo resulta procedente por los motivos previstos en el artículo 469 LEC respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación, de suerte que si la resolución recurrida no es susceptible de recurso de casación el de infracción procesal resulta igualmente abocado al fracaso. De ahí que en supuestos como el presente donde se interponen los dos recursos, el Tribunal debiera examinar de modo previo la procedencia o no de tener por preparado el recurso de casación.

A este respecto no debe tampoco aquí olvidarse que, en relación con el nuevo recurso de casación, la Sala de lo Civil tuvo que reunirse en Junta General de Magistrados el día 12 de diciembre de 2000 para adoptar unos criterios en orden a la preparación y admisión de los recursos de casación e infracción procesal sometidos al régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000. Criterios fruto de una compleja tarea hermenéutica, no publicados, y que comienzan a hacerse efectivos y conocidos mediante Autos de inadmisión dictados por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a la altura de marzo y abril de 2001. Interpretación plasmada en dichos Autos que, además, dio lugar a la interposición de numerosos recursos de amparo donde se alegaba que la misma resultaba rigorista y desproporcionada y que, por tal motivo, ha terminado por dar lugar a varios pronunciamientos de este Tribunal en los que, aun con Votos particulares, mantenemos que desde el control externo de constitucionalidad, como único control que nos corresponde, la interpretación que viene acogiendo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pese a ser discutible, no puede calificarse de arbitraria, irrazonable, inmotivada, o incursa en error patente, por lo que no puede considerarse contraria al artículo 24.1 CE en su fase de acceso al recurso (SSTC 150/2004, de 20 de septiembre, 164/2004, de 4 de octubre, FJ 3, con Voto particular, y 167/2004, de 4 de octubre FJ 5; así como AATC 191/2004, de 26 de mayo, 201/2004, de 27 de mayo, y 208/2004, de 2 de junio, entre otros muchos).

En el contexto expuesto, no es posible apreciar el óbice procesal al que hace referencia el Ministerio Fiscal pues no cabe calificar como manifiestamente improcedente la interposición por la recurrente del recurso extraordinario de infracción procesal y de casación pues, a la luz de nuestra doctrina, los recursos que, por manifiestamente improcedentes, provocan una ampliación artificial del plazo de veinte días para recurrir en amparo son únicamente aquéllos en los que la improcedencia «sea evidente», esto es, «constatable *prima facie* sin intervención de dudas interpretativas que sea necesario despejar por medio de criterios no absolutamente indiscutibles, ya que el respeto debido al derecho de la parte a utilizar cuantos recursos considere útiles para la defensa de sus intereses, impide exigirle que se abstenga de emplear aquellos cuya improcedencia sea razonablemente dudosa y, en consecuencia, que asuma el riesgo de incurrir en una falta de agotamiento de la vía judicial previa que determinaría la inadmisión del recurso de amparo por incumplimiento del requisito prevenido en el artículo 44.1.a) LOTC» (por todas, 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 2 y las que cita).

El segundo óbice planteado por el Ministerio Fiscal es el del posible incumplimiento del requisito procesal de agotar todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [artículo 44.1.a) LOTC] porque la demandante de amparo ha visto frustrados por su propia impericia el recurso de casación por interés casacional y el extraordinario de infracción procesal.

En concreto se alega que en este óbice se incurre por ser inadmitidos dichos recursos por defec-

tos formales pues, según el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 17 de abril de 2001, «la parte recurrente se ha limitado a citar y exponer muy sucintamente el contenido de dos Sentencias del Tribunal Supremo, mas no razona la vulneración de su doctrina por la Sentencia recurrida, lo que resulta imprescindible para que esta Sala pueda examinar el supuesto de recurribilidad invocado, interés casacional, y decidir sobre la preparación del recurso de casación»; y, según el Auto del Tribunal Supremo porque aunque cita dos Sentencias de la Sala de lo Civil «a cuya doctrina se opone la recurrida, y se afirma seguidamente que se refieren a casos de pruebas admitidas y no practicadas por causas no imputables a la parte que las propuso, no se especifica cuál es la doctrina que sientan ni se razona siquiera mínimamente y a los solos efectos de verificar la concurrencia del presupuesto del interés casacional, de qué manera se ha vulnerado por la Sentencia cuya casación se intenta».

El examen del motivo expuesto ha de partir de una reiterada y consolidada doctrina constitucional según la cual «la vía judicial previa sólo puede considerarse efectivamente agotada y, en consecuencia, abierta la del proceso constitucional de amparo, cuando los recursos jurisdiccionales pertinentes y útiles se hayan interpuesto en tiempo y forma, ya que si se interponen extemporáneamente o sin cumplir los requisitos procesales exigibles, el órgano judicial llamado a resolverlos se verá privado de la posibilidad de entrar en el conocimiento y resolución de los temas de fondo, no pudiendo en tales circunstancias reparar la lesión constitucional que, en su caso, pudiera ser después susceptible de impugnación en el proceso de amparo constitucional, lo que es contrario a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo (SSTC 9/1992, de 16 de enero, FJ 5; 4/2000, de 17 de enero, FJ 2; 53/2000, de 28 de febrero, FJ 2). De modo que el fracaso de los recursos idóneos para obtener la reparación del derecho constitucional supuestamente vulnerado equivaldría a su no utilización cuando tal fracaso sea imputable a la conducta procesal del recurrente (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 2; 92/1999, de 26 de mayo, FJ 2; AATC 114/1983, de 16 de marzo; 215/1984, de 4 de abril)» (STC 111/2000, de 5 de mayo, FJ 4).

Para la valoración de esta objeción procesal debemos partir, como antes se hizo, de las excepcionales circunstancias que se producían en el momento de la interposición de los recursos de infracción procesal y de casación por parte de la demandante de amparo. De nuevo debe señalarse que en el presente asunto el recurso de infracción procesal, que era el pertinente y adecuado, a decir de la propia Sala de lo Civil, en la hipótesis de que pudiera interponerse de modo aislado, era de reciente creación y se encontraba, y todavía se encuentra, sometido a un régimen provisional que, frente a la autonomía proclamada en la Exposición de Motivos de la LEC 2000, provoca que, en tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del mismo, deba articularse necesariamente, salvo supuestos que no son al caso, conjuntamente con el recurso de casación y por sus motivos, dependiendo la recurribilidad del recurso de infracción procesal de la propia recurribilidad y admisibilidad del recurso de casación (Disposición Final Decimosexta).

En esta ocasión, dado que el artículo 479.4 LEC dispone literalmente que «cuando se pretenda recurrir una Sentencia al amparo de lo dispuesto en el número 3 del apartado 2 del artículo 477, el escrito de preparación deberá expresar, además de la infracción legal que se considere cometida, las Sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el interés casacional que se alegue»; la exigencia de que el razonamiento sobre la vulneración de la doctrina por la resolución recurrida debía contenerse en el momento de preparación sin esperar al momento de interposición fue una interpretación jurisprudencial novedosa al tiempo de la fecha de preparación de los recursos por la demandante de amparo (consecuencia inicial de la interpretación en materia de recursos realizada por la Junta General de Magistrados el día 12 de diciembre de 2000), cuyo ajuste constitucional, desde la perspectiva del derecho de acceso al recurso, planteado ante este Tribunal Constitucional, fue resuelto con posterioridad al recurso intentado por el recurrente en la STC 46/2004, de 23 de marzo, por lo que debemos entender cumplido el cuestionado requisito de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial [artículo 44.1.a) LOTC] en una adecuada aplicación del principio *pro actione* que viene informando nuestra jurisprudencia sobre objeciones procesales a la demanda de amparo.

B) Sobre la vulneración a utilizar los medios de prueba.

La demanda de amparo imputa a los órganos judiciales la vulneración del derecho a la prueba, tanto por la falta de motivación o motivación suficiente de la denegación de una prueba decisiva (exhumación del cadáver para extracción de muestras de ADN), cuanto por el hecho de que cuando la prueba finalmente fue admitida no fue sin embargo practicada porque el Juzgado se negó a ello alegando que no constan antecedentes de los familiares (cuando la Sentencia recurrida en apelación se dictó por dicho Juzgado) o porque la Audiencia

Provincial, pese a haber considerado pertinente la misma, denegó finalmente su práctica.

El examen del motivo de amparo expuesto requiere traer a colación la ya consolidada doctrina constitucional sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa y que resume la reciente STC 165/2004, de 4 de octubre (FJ 3), señalando que, entre los rasgos caracterizadores de este derecho fundamental y de su protección constitucional son esenciales, en lo que aquí interesa, los siguientes:

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

b) Este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inejecución imputables al órgano judicial cuando se inadmiten o inejecutan pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia, sin que este Tribunal pueda entrar a valorar las pruebas, sustituyendo a los Jueces y Tribunales en la función exclusiva que les atribuye el artículo 117.1 CE.

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

En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: a) la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial; y b) la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso –comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado– podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional.

C) Aplicación de la doctrina constitucional al caso concreto.

A la luz de esta doctrina debemos convenir que en el presente caso se vulneró el derecho alegado.

Con independencia de la denegación de la prueba en instancia, debe señalarse que una vez admitida por la Audiencia Provincial la prueba de la exhumación del cadáver, por descontado decisiva en este tipo de procedimientos, la denegación de su práctica por parte del Juzgado no puede considerarse justificada. A estos efectos debe recordarse que el Juzgado de instancia no rechazó la práctica de la prueba por un supuesto incumplimiento de la parte ahora demandante de amparo, ni por una posible presentación extemporánea del exhorto, sino exclusivamente por la inexistencia en el mismo de datos que permitieran la localización de los familiares que debían consentir la exhumación. Tal razonamiento, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, no puede admitirse porque, aun aceptando que no constaran tales datos en ese momento por haberse remitido las actuaciones a la Audiencia

para la sustanciación de la apelación, desde la perspectiva del artículo 24 CE y teniendo en cuenta el objeto de la pretensión que se estaba ventilando en el proceso, era obligación del Juzgado recabar los mismos de la Audiencia en lugar de limitarse a devolver el exhorto. Actitud esta que, como afirma igualmente el Ministerio Fiscal, puso de manifiesto la reiterada negativa del Juzgado a la práctica de la prueba desde el primer momento en que se propuso, utilizando para ello inicialmente un motivo tan fútil como el «respeto debido a la memoria de los muertos» cuando lo que estaba en juego era el reconocimiento de la filiación de quien presuntamente fue creada por el fallecido (artículo 39.2 CE) y utilizando, tras ser admitida la prueba que este órgano denegó, otro motivo de futilidad semejante porque a su alcance estaba encontrar dichos datos realizando, simplemente, una petición de los mismos a la Audiencia si es que por el transcurso del tiempo se había olvidado la identidad y domicilio de los demandados que fueron emplazados por el propio Juzgado.

Tampoco la Audiencia Provincial salvaguardó finalmente el derecho a la prueba de la recurrente que había previamente admitido, por cuanto, como advierte el Ministerio Fiscal, los motivos contenidos en la Sentencia de apelación resultan contradictorios con los expresados en la resolución en la que la propia Audiencia admitió la práctica de dicha prueba pericial.

Cierto que la Audiencia admitió inicialmente la práctica de dicha prueba aunque no llegara a practicarse al haberse devuelto el exhorto fuera del plazo previsto. Pero tal pérdida de oportunidad, para la práctica de la prueba admitida no reviste relevancia suficiente como para considerar que a ella en exclusiva se debe su frustración pues, ciertamente, existiendo la posibilidad de reproducir la solicitud de dicha práctica en el período para mejor proveer, era lógico que una vez que había sido declarada la pertinencia de la misma, ésta pudiera llevarse a efecto en dicho momento, corrigiendo, así, el órgano jurisdiccional el defecto consignado en el exhorto donde no se identificaban las direcciones de quienes debían consentir la aludida exhumación, tal y como había condicionado la propia Audiencia, ya que tenía la oportunidad de corregir su olvido pues aquéllas constaban en las actuaciones que obraban en su poder.

Por ello, la diligencia para mejor proveer solicitada por la recurrente ponía de manifiesto su voluntad de no hacer dejación de relación con la práctica de una prueba que había sido admitida, declarada pertinente, y resultaba decisiva. Aparece indudable que la concesión o no de la misma depende, efectivamente, de la decisión de los jueces y tribunales, pero también que se trata de una posibilidad procesal más, otorgada por el Ordenamiento jurídico a la recurrente que, con independencia de que se acogiera o no, lo que no podía era dar lugar a una motivación irrazonable como la contenida en la Sentencia de la Audiencia Provincial para su denegación en la que apartándose de su propio razonamiento, esgrime después motivaciones contrarias a las que precisamente dieron lugar a su anterior declaración de pertinencia.

En efecto, si la Audiencia entendió en su momento que era procedente practicar la prueba, no es posible aceptar que ulteriormente se diga que lo procedente es inadmitirla con unos razonamientos parecidos a los utilizados por el Juzgado que, en su momento, la propia Audiencia contradijo para, revocándolos, proceder a la admisión de la prueba solicitada. Y aunque el Ministerio Fiscal declara que la demanda de amparo no cuestiona la Sentencia de la Audiencia Provincial en que se deniega la práctica de diligencias para mejor proveer, lo cierto es que, si no expresamente, la queja puede considerarse claramente implícita porque en el suplico de la demanda se solicita la anulación de todas las Sentencias dictadas y la retroacción de las actuaciones al momento en que fue inadmitida la prueba en primera instancia, y porque, igualmente la demanda alude, aunque sea genéricamente, a la falta de motivación sistemática por la que finalmente se denegó o no se practicó la prueba; pretensión reiterada en todos los momentos procesales en la vía judicial previa y que constituye, además, el objeto esencial de la demanda de amparo, en tanto la vulneración aducida es la del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y decisivos, en consonancia con nuestra doctrina al respecto y que incluye el control de la motivación judicial.

Por ello, en la medida en que hemos afirmado que el derecho alegado puede resultar vulnerado «en caso de denegación o inejecución imputables al órgano judicial cuando se inadmiten o inejecutan pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable», no cabe sino calificar como irrazonable el razonamiento ofrecido por la Audiencia Provincial para denegar la práctica de las diligencias para mejor proveer solicitadas. No resulta lógico pues que, tras haber admitido la práctica de la prueba en ellas solicitada, el mismo órgano judicial la deniegue posteriormente aduciendo, ahora, que su práctica contradice la doctrina del Tribunal Constitucional e «implicaría permitir sobre su cuerpo unas operaciones que por mínimas que fueran serían del todo desmedidas».

Máxime cuando la doctrina constitucional que sirve de apoyo a la resolución recurrida parte de un supuesto no homologable con el que ahora se

enjuicia, pues en todas las que cita (SSTC 35/1989, de 14 de febrero, y 7/1994, de 17 de enero) y en posteriores dictadas por este Tribunal en esa misma línea, se trataba de pruebas biológicas, hematológicas, de personas no fallecidas en el momento de su práctica y en las que las consideraciones de este Tribunal se sustentaban en los problemas que genera una prueba cuya fuente se encuentra en poder de una de las partes del litigio (STC 95/1999, de 31 de mayo, con cita de la anterior doctrina) y que se dictaron a fin de que el reconocimiento hematológico no vulnerara el derecho del afectado a su intimidad y pudiera resultar lesiva para la integridad física o supusiera quebranto para la salud (STC 7/19994, de 17 de enero, FJ 3). Derechos a la integridad física, al honor y a la propia imagen, o de dignidad humana protegidos en ellos que, como decíamos en el ATC 149/1999, de 14 de junio, «son personalísimos y, en principio, intransferibles (ATC 242/1998, de 11 de noviembre)» por lo que el «titular de los mismos sólo puede serlo la persona humana viva (SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 212/1996, de 19 de diciembre, entre otras)». Y aunque precisábamos que «sin duda, la persona ya fallecida, como realidad jurídicamente distinta, ha de ser objeto de una particular protección jurídica» por cuanto el derecho a la intimidad familiar podría en algún caso verse afectado, señalábamos igualmente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Código Civil (CC), admitida la demanda si con ella se ha presentado un principio de prueba de los hechos en que se funda, «será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas». Pruebas biológicas que, «en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal, tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos» por lo que «la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989, FFJJ 7.3 y 8, párrafos 3 a 5)» (STC 7/1994, FJ 3)» (ATC 149/1999, de 14 de junio). Desproporción que en dicho Auto no se consideró producida cuando, como en el caso que ahora se enjuicia, la prueba biológica se proponía como medio último o final ya que el allí demandante (y, en este caso, la aquí recurrente) ya había cumplido su obligación inicial de aportar un principio de prueba acompañando al escrito de demanda que fue el que permitió en su momento admitirla.

Anulación de la Sentencia del Tribunal Supremo que desestimó un recurso de revisión de una sentencia de divorcio dictada en rebeldía por la falta de motivación al haber vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al aplicar la norma procesal reguladora de la caducidad de la acción de revisión sin el necesario razonamiento que pudiera justificar la denegación del acceso a la jurisdicción por parte del recurrente en amparo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA 11/2005, DE 31 DE ENERO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ En el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona, y a instancias de doña Mercedeh, se tramitó contra el demandante de amparo el juicio de divorcio contencioso 720/1994, en el que, con fecha 22 de diciembre de 1994, se dictó Sentencia declarando disuelto el matrimonio y ordenando que la Sra. Mercedeh continuara utilizando la vivienda que hasta entonces había constituido el domicilio conyugal, así como que el demandante de amparo abonara a aquélla la cantidad de seis mil dólares USA mensuales en concepto de pensión alimenticia.

⊙ Durante la tramitación del citado proceso don Manmohan fue emplazado mediante edictos porque, según se decía en la demanda rectora de la instancia judicial, se encontraba en paradero

desconocido. Ello provocó que fuera declarado en rebeldía, situación en la que permaneció durante toda la tramitación del juicio contencioso de divorcio.

⊙ El 21 de diciembre de 1999 don Manmohan presentó ante el Registro General del Tribunal Supremo demanda de revisión por la que solicitaba la rescisión de la Sentencia firme dictada en la instancia judicial porque la demandante la había obtenido mediante una maniobra fraudulenta, consistente en alegar en la demanda de divorcio que su antiguo esposo se encontraba en ignorado paradero, cuando, según el recurrente, la demandante conocía perfectamente su domicilio en Teherán.

⊙ En la demanda de revisión se hacía constar que aquélla se presentaba dentro del plazo de tres meses contados a partir de la fecha en que se descubrió la maniobra fraudulenta, porque la citada demanda se presentó el 21 de diciembre y el descubrimiento del fraude no pudo tener lugar más que a partir del 22 de septiembre de 1999, ya que, aunque en el Juzgado se presentó el escrito de personación y de petición de vista de las actuaciones el 16 de septiembre de 1999, siendo el mismo registrado al día siguiente y proveído accediendo a dichas peticiones el 20 de septiembre de 1999, dicha resolución no le fue notificada hasta el siguiente día 22.

⊙ El Tribunal Supremo admitió a trámite la demanda mediante providencia de 23 de febrero de 2000 en la que, además, ordenaba al Juzgado *a quo* la remisión de las actuaciones y el emplazamiento de los interesados. La Sra. Mercedeh compareció en el proceso de revisión y contestó a la demanda mediante escrito registrado el 22 de junio de 2000, en el que postulaba la desestimación de la revisión por haber caducado el plazo para el ejercicio de la acción (sostenía que el ahora recurrente conocía desde hacía tiempo la existencia de la Sentencia de divorcio) y por no existir maquinación alguna. El Tribunal Supremo, mediante Auto de 19 de septiembre de 2000, acordó el recibimiento a prueba del recurso de revisión. En dicha pieza las partes aportaron diversos documentos, se practicó el medio de prueba de confesión tanto del recurrente como de su exmujer, y dos testificales propuestas por la Sra. Mercedeh. Finalmente el Ministerio Fiscal, en su escrito de 22 de febrero de 2001, solicitó la desestimación de la revisión por considerar caducada la acción de revisión al haberse superado el plazo de tres meses previsto en el artículo 1798 LEC de 1881.

⊙ El Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 26 de junio de 2001, declaró no haber lugar al recurso de revisión por estimar caducado el plazo de tres meses para el ejercicio de la acción.

⊙ Don Manhoman interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que anuló la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2001, que declaraba no haber lugar al recurso de revisión núm. 5264/1999 contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona en los Autos núm. 720/1994, sobre divorcio, retrotrayendo las actuaciones al momento de dictarse la mencionada Sentencia para que pronuncie una nueva resolución acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamento jurídico del Tribunal Supremo para no admitir a trámite el recurso de revisión.

En el Fundamento de Derecho segundo, analizó el problema del *dies a quo* de ese plazo y sostuvo: «en este caso, según consta en las actuaciones, el recurrente compareció en los referidos autos de divorcio número 720/94-E mediante escrito de fecha 16 de septiembre de 1999, registrado el 17 de septiembre de 1999, por lo que desde esa fecha hay que contar el plazo de tres meses previsto en el precepto antes citado, y al constar que la demanda de revisión fue presentada el 21 de diciembre de 1999 en el Registro General del Tribunal Supremo, el expresado ciclo temporal de caducidad había transcurrido».

2. Alegaciones del recurrente en amparo.

El recurrente en amparo alega que esta última Sentencia, al estimar la caducidad de la acción de revisión y no entrar en el examen del fondo de su pretensión, ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previstos. Considera que el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación de los requisitos de admisión del recurso de revisión que no toma en consideración las consecuencias del principio *pro actione*, ya que considera como fecha del descubrimiento de la maniobra fraudulenta que fundamentaba la interposición del recurso la fecha de la presentación del escrito en el que solicitaba su personación y la vista de las actuaciones, en lugar de la notificación de la providencia que accedió a esas peticiones. Esta interpretación le provoca un agravamiento de la situación de indefensión en que se había encontrado durante la tramitación del proceso en la instancia judicial, pues, habiéndose tramitado el mismo a sus espaldas, lo que pretendía con su demanda de revisión era, precisamente, hacer frente a tal situación de indefensión provocando un nuevo examen de la demanda de divorcio en un proceso en el que el demandante de amparo gozara de la representación y defensa adecuadas. Por esta razón solicita la anulación de la Sentencia impugnada y que se retrotraigan las actuaciones para que se proceda al examen de la pretensión impugnatoria planteada.

El 1 de marzo de 2004 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de alegaciones del recurrente en amparo. En el mismo postula la estimación del recurso con base en los mismos argumentos que en la demanda de amparo, es decir, en que la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) al realizar la interpretación más restrictiva y contraria a la letra de la Ley (el artículo 1798 en relación con el artículo 1796.4 LEC de 1881), haciendo coincidir el *dies a quo* del plazo de tres meses de caducidad para el ejercicio de la acción de revisión con el del día de la presentación del escrito ante el Juzgado autor de la Sentencia firme (el 16 de septiembre de 1999), en lugar con el día a partir del cual el recurrente descubrió el fraude (el 22 de septiembre, fecha en la que recibió la notificación de la providencia dictada por el Juzgado por la que le tenía por comparecido y le daba traslado de las actuaciones), pues sólo a través del estudio de las actuaciones pudo conocer la argucia procesal cometida para poder fundar su demanda de revisión.

3. Informe del Ministerio Fiscal.

El Fiscal ante este Tribunal, mediante escrito registrado el 4 de marzo de 2004, formuló alegaciones interesando la estimación del recurso de amparo. Considera que la Sentencia impugnada ha vulnerado el artículo 24.1 CE en su vertiente de acceso a la jurisdicción más que en el aspecto de acceso al recurso, ya que la revisión no es en puridad un medio de impugnación, sino un proceso autónomo dirigido a rescindir una resolución firme. Considera que «la interpretación que hace la Sala Primera del Tribunal Supremo de la norma que regula la admisión del denominado en la LEC de 1881 recurso de revisión es o bien errónea, como propone el demandante de amparo, o cuando menos irrazonable o excesivamente rigorista, lo que, en todo caso, determina que la resolución que la contiene vulnere los cánones de constitucionalidad derivados del artículo 24.1 CE». En definitiva, tanto si se trata de uno u otro aspecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, «se impone el otorgamiento del amparo por entender que la inadmisión de la pretensión acordada por el Tribunal Supremo se basa en una interpretación de los requisitos exigidos por la LEC para su admisión, concretamente de la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo, de manera incompatible con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que para el restablecimiento del recurrente en el goce del derecho vulnerado se impone anular la resolución recurrida y ordenar la retroacción de actuaciones al momento de acordarla para que se dicte otra en la que se acuerde lo que se considere procedente sin que pueda consistir en la inadmisión de la demanda por la extemporaneidad de su presentación».

4. Alegaciones de doña Mercedes.

El 5 de marzo de 2004 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de alegaciones de la demandada. En el mismo solicita la desestimación del presente amparo tanto por motivos formales como de fondo. Respecto de los primeros entiende que el recurrente no ha respetado el presupuesto procesal del recurso de amparo consistente en la necesaria invocación formal del derecho fundamental en la vía judicial previa, puesto que en el juicio de revisión no alegó en momento alguno la vulneración del derecho fundamental ahora invocada; también considera que, con base en el artículo 50.1.d) LOTC, la STC 88/2002, de 22 de abril, ya desestimó un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual a la cuestión aquí planteada; y, por último, que el recurrente carece de legitimación, tanto porque la inadmisión del recurso de revisión no es en principio revisable por este Tribunal, como porque «ni es español ni reside en España, ni es miembro de la Comunidad Europea». Finalmente tampoco estima admisible el presente recurso, en lo que concierne al fondo de la cuestión planteada, porque la Sentencia impug-

nada no es manifiestamente errónea, ni arbitraria o manifiestamente irrazonable.

5. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional para estimar el recurso de amparo.

A) Cuestiones procesales previas.

Antes de entrar en el examen de la queja del recurrente en amparo este Tribunal ha de pronunciarse sobre los diferentes óbices procesales puestos de manifiesto por la demandada. El primero hace referencia a la posible falta de invocación formal en el proceso de revisión del derecho constitucional vulnerado. De confirmarse este incumplimiento la presente demanda de amparo quedaría incursa en la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1.a) LOTC, en relación con el artículo 44.1.c) del mismo texto legal. Como ha señalado en otras ocasiones este Tribunal el control de tal presupuesto puede realizarse en este momento procesal, pues, tratándose de una norma imperativa, el posible incumplimiento de la misma no queda sanado porque la demanda haya sido inicialmente admitida a trámite, de forma que la comprobación de los presupuestos procesales puede, y debe, hacerse siempre, de oficio o a instancia de parte en cualquier momento, incluso en la Sentencia (SSTC 50/1991, de 11 de marzo, FJ 3; 318/1994, de 28 de noviembre, FJ 4; 114/1999, de 14 de junio, FJ 2; 153/1999, de 14 de septiembre, FJ 2; 129/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 3; 105/2001, de 23 de abril, FJ 2; 228/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 18/2002, de 28 de enero, FJ 3; 74/2002, de 8 de abril, FJ 2; y 133/2002, de 3 de junio, FJ 2).

El presupuesto de la invocación previa tiene una doble finalidad: por una parte que los órganos judiciales tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual vulneración y reestablecer, en su caso, el derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria; y, por otra, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo (por todas, SSTC 29/2004, de 4 de marzo, FJ 3; 133/2002, de 3 de junio, FJ 3; 222/2001, de 5 noviembre, FJ 2). El cumplimiento de este requisito no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del precepto constitucional en el que se reconozca el derecho vulnerado o la mención de su *nomen iuris*, siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, dándoles la oportunidad de pronunciarse sobre y, en su caso, reparar, la lesión del derecho fundamental que posteriormente se alega en el recurso de amparo (por todas, SSTC 136/2002, de 3 de junio, FJ 2; 133/2002, de 3 de junio, FJ 2; ó 15/2002, de 28 de enero, FJ 2).

En el presente caso resulta evidente la imposibilidad de cumplir con este presupuesto procesal, por la sencilla razón de que contra la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo no cabía interponer recurso alguno –salvo el presente amparo constitucional– en el cual invocar el derecho fundamental vulnerado en la vía judicial ordinaria. El ahora recurrente invocó en el momento procesal oportuno, es decir, en su escrito de demanda de revisión, el derecho fundamental en que podía basar su pretensión, cual era el derecho al emplazamiento personal en el juicio de divorcio, limitándose el emplazamiento edictal para los casos residuales en los que se «ignora» el paradero de la parte demandada, lo que, en su opinión, no sucedía en los autos del divorcio.

Los restantes óbices procesales hacen referencia, respectivamente, a la existencia de un precedente «sustancialmente igual» al presente recurso de amparo en el que este Tribunal ya acordó la desestimación de la demanda [artículo 50.1.d) LOTC] y a la falta de legitimación activa del recurrente en amparo basada en su condición de extranjero. Para acreditar el primero la demandada cita la STC 88/2002, de 22 de abril. Este Tribunal no comparte la concurrencia de precedente alguno en la Sentencia antes citada, pues en ella se denegaba el amparo por la imposibilidad de acreditarse el pretendido error en el cómputo del plazo para la interposición del recurso de queja en un proceso laboral debido a la propia falta de diligencia del recurrente en su acreditación. Tal y como se examinará en el siguiente fundamento jurídico, en el presente amparo no existe problema fáctico alguno en la determinación del *dies a quo* del plazo, sino en la fijación del mismo en uno u otro momento, por lo que, en definitiva, el problema planteado es una cuestión estrictamente jurídico-constitucional relativa a la corrección de la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada ante este Tribunal y, como consecuencia de ella, a la determinación de si se cerró el acceso a la jurisdicción del aquí recurrente y se desconoció el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE.

Por último el hecho de que el ahora recurrente sea un ciudadano de nacionalidad india en nada impide que este Tribunal haya de garantizar el derecho fundamental ahora invocado, pues como ya dijéramos en la STC 95/2003, de 22 de mayo, «ha de observarse que este Tribunal, ya desde la STC 99/1985, de 30 de septiembre, de la que se hizo eco la STC 115/1987, de 7 de julio, ha reconocido a los extranjeros, con independencia de su situación jurídica, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva».

B) Sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Desechadas las anteriores causas de inadmisibilidad procede, ahora, entrar a conocer del fondo

de la demanda de amparo, consistente en la invocada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, debida a una –en opinión del recurrente-excesivamente rigorista interpretación del *dies a quo* del plazo de caducidad legalmente previsto para el ejercicio de la acción de revisión contra la Sentencia firme de divorcio.

Esta Sala coincide con el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal respecto de la concreta vertiente del derecho fundamental invocado por el recurrente en su escrito de demanda. El demandante de amparo invoca el derecho de acceso a los recursos cuando, en puridad, nos encontramos ante un posible supuesto de desatención del derecho de acceder, por vez primera, a la jurisdicción ordinaria. En tal sentido este Tribunal, ya desde su Sentencia 158/1987, de 20 de octubre (FJ 2), ha sostenido que el antes denominado «recurso» de revisión (en la actualidad, la LEC 1/2000 lo considera como un «proceso» autónomo al denominarlo, simplemente, «revisión de sentencias firmes» y regularlo fuera de los recursos, esto es, en el último título del libro tercero relativo a los procesos declarativos) «es en realidad un proceso especial y autónomo de carácter impugnativo o una acción provista de finalidad resolutoria de Sentencias firmes». En la mencionada Sentencia (con cita, a su vez de la STC 50/1982, de 15 de julio) también se afirmó que el proceso de revisión es el «instrumento que sirve al ejercicio del derecho a obtener la invalidación de la Sentencia que ha ganado firmeza, en los casos en que el Legislador, en esa colisión comprometida entre seguridad y justicia, abre vías para rescindir un proceso anterior y que alcanzan a ella las garantías fundamentales contenidas en el artículo 24.1 de la Constitución y, por tanto, las de acceso a la revisión y al conocimiento de la pretensión revisora en el proceso debido, asegurando el contenido esencial de este derecho instrumental. A lo que habrá que añadir que si el acceso a la revisión y el conocimiento de la pretensión revisora de un proceso debe gozar siempre de las garantías fundamentales contenidas en el artículo 24 de la Constitución, ello se hace aún más necesario, en un caso en que la pretensión revisora embebe o engloba una pretensión de amparo judicial de los derechos fundamentales, por haberse sustanciado el proceso inicial sin debido emplazamiento del demandado y sin darle por consiguiente la posibilidad de ser oído y sin defenderse».

Esta precisión conceptual tiene una evidente repercusión práctica, pues no rige con la misma intensidad el derecho a la tutela judicial en procesos de primera y única instancia –como sucede en el caso que nos ocupa–, que en fase de recurso, ya sea ordinario o extraordinario (STC 20/2004, de 23 de febrero, FJ 5). Así lo recuerda la STC 59/2003, de 24 de marzo, FJ 2, en la que se afirmó que «en la fase de recurso el principio *pro actione* pierde intensidad, pues el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las Leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 71/2002, de 8 de abril, FJ 3), por lo que las decisiones judiciales de inadmisión no son, en principio, revisables en la vía de amparo. Esta regla general encuentra su excepción en aquellos supuestos en los que las resoluciones judiciales vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que, configurado legalmente el recurso, el artículo 24.1 CE garantiza también su utilización (SSTC 63/1992, de 29 de abril, FJ 2; 63/2000, de 13 de marzo, FJ 2). Ahora bien, en consonancia con la operatividad más restringida del principio *pro actione* en relación con el derecho de acceso a los recursos, el canon de constitucionalidad al que son sometidas por parte de este Tribunal las resoluciones judiciales que declaran la inadmisibilidad de un recurso, excluyendo el pronunciamiento sobre el fondo en la fase impugnativa del proceso, es más limitado que el que deben superar las resoluciones judiciales que deniegan el acceso a la jurisdicción».

El problema planteado se ciñe, por consiguiente, al análisis de la Sentencia impugnada desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción. En ella el Tribunal Supremo in admite la demanda por estimar caducado el plazo de tres meses para el ejercicio de la acción revisora al considerar que el dies a quo del mencionado plazo coincide con la fecha de la presentación del escrito en el Juzgado autor de la Sentencia firme de divorcio por el que solicitaba su comparecencia y la vista de las actuaciones. No es la primera vez que este Tribunal ha de pronunciarse sobre recursos de amparo dirigidos contra resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo basadas en supuestos similares al actual. Así, en la citada STC 158/1987, de 20 de octubre, este Tribunal desestimó el recurso de amparo porque la interpretación realizada por el Tribunal Supremo al estimar caducada la acción de revisión respetaba el artículo 24.1 CE al ser razonable presumir el conocimiento de la maquinación fraudulenta desde el día en el que se le notificó a la parte recurrente el mandato de embargo de todos sus bienes. Mientras que en la STC 194/2003, de 27 de octubre, se estimó el amparo por el error patente en el que incurrió la Sala sentenciadora al inadmitir la demanda de revisión, puesto que en ella no se indicaba la fecha en la que la actora había tenido conocimiento de los hechos en los que basaba la maquinación fraudulenta, cuando lo cierto es que en el escrito de la demanda se señalaba expresamente ese momento temporal.

Pero es la STC 370/1993, de 13 de diciembre (citada con corrección por el recurrente en su escrito de alegaciones), la que ya apuntó el supuesto en el que ahora hemos de basarnos para estimar este recurso de amparo. En efecto, en esa ocasión este Tribunal desestimó el amparo porque la Sentencia impugnada se basaba en dos diferentes fundamentos para in admitir la demanda de revisión por caducidad del plazo de tres meses para el ejercicio de la acción de revisión fundada en la maquinación fraudulenta. Por un lado el órgano judicial hizo referencia a la fecha de notificación de la resolución por la que se acordó tener por personada a la recurrente en las actuaciones judiciales, pero, por error, determinó el *dies a quo* del mencionado plazo de tres meses en el día siguiente a aquél en que fue dictada la providencia, ante la ausencia de constancia expresa de su notificación. Ello no obstante, y dado que sí constaba en las actuaciones la fecha exacta de la notificación de la providencia que acordó tener a la recurrente como parte personada en los autos y darle vista de las actuaciones, se estimó que la otra argumentación utilizada para considerar caducada la acción respetó el artículo 24.1 CE al exponer detalladamente en la Sentencia los motivos en los que se asentaba la consideración de que el fraude y la maquinación fueron conocidas con anterioridad por la recurrente.

En esta ocasión, la Sentencia aquí impugnada sostiene la caducidad de la acción de revisión porque, aun cuando recuerda en el primer párrafo de su fundamento jurídico 2 que, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo –y cita las Sentencias de éste de 24 de marzo de 1995, 17 de julio de 1996 y 15 de febrero y 13 de junio de 2001–, es necesario, para la viabilidad del recurso, que el *dies a quo* «se pruebe con precisión, cuyo incumplimiento debe soportar el recurrente», se limita a añadir en el párrafo 2 de dicho fundamento que «en este caso, según consta en las actuaciones, el recurrente compareció en los referidos autos de divorcio número 720/94-E mediante escrito de fecha 16 de septiembre de 1999, registrado el 17 de septiembre de 1999, por lo que desde esa fecha hay que contar el plazo de tres meses previsto en el precepto antes citado, y al constar que la demanda de revisión fue presentada el 21 de diciembre de 1999 en el Registro General del Tribunal Supremo, el expresado ciclo temporal de caducidad había transcurrido.» Sin embargo, pese a la precisión efectuada por el recurrente en su demanda de revisión de que sólo había tenido conocimiento de la maquinación fraudulenta cuando le fue dada vista de las actuaciones, esto es, cuando le fue notificada la providencia de 20 de septiembre de 1999 –el 22 siguiente– la Sentencia no contiene ningún dato argumental en el que apoyar su decisión de determinar el *dies a quo* del plazo en ese momento temporal, es decir, no incluye los argumentos acerca de por qué el conocimiento de la maquinación tuvo lugar en el momento de la presentación del escrito pidiendo vista de las actuaciones y no en el posterior en que se accedió a dicho trámite, que es cuando, lógicamente, pudo tenerse conocimiento de lo sucedido en el proceso tramitado sin su intervención y, consecuentemente, de la maquinación fraudulenta aducida. Sin duda pudo contribuir a esta falta de justificación la posición entonces mantenida por el Ministerio público, por cierto contraria a la sostenida en este amparo, que dictaminó, en el informe emitido el 22 de febrero de 2001, en el sentido de que constaba «que el recurrente compareció en dichos autos con un escrito de fecha de 16 de septiembre de 1999, registrado el 17 de septiembre de 1999, por lo que desde esa fecha hay que contar el plazo de tres meses previsto en el artículo 1798 de la LEC, y constando que la demanda de revisión se presentó el 21 de diciembre de 1999, fecha de entrada ante esa Sala Primera del Tribunal Supremo, el plazo había transcurrido».

A diferencia, pues, de lo acontecido en la antes citada STC 370/1993, de 13 de diciembre, en el caso ahora examinado no se hizo expresamente referencia al motivo del conocimiento por parte del recurrente de las actuaciones judiciales desde la fecha de su personación judicial. Al omitir todo razonamiento sobre el aludido extremo y, ello no obstante, sin admitir la demanda por caducidad de la acción, se infringió el derecho del demandante de amparo a acceder a la jurisdicción.

Constatada la existencia de la falta de motivación en la resolución impugnada ha de concluirse que la Sentencia recurrida vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al aplicar la norma procesal reguladora de la caducidad de la acción de revisión sin el necesario razonamiento que pudiera justificar la denegación del acceso a la jurisdicción por parte del ahora recurrente en amparo. La demanda ha de ser, por tanto, estimada.

Habiendo interpuesto el padre demanda de impugnación de paternidad y desistiendo posteriormente de la misma al conocer el resultado de la prueba biológica, la madre, en nombre propio y en el de su hijo, interpuso querella por estafa procesal que no fue admitida a trámite en base a la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del CP y de la prohibición de accionar penalmente entre determinados parientes consignada en el artículo 103 de la LECrim, causas que sólo afectaban a la acción ejercida en nombre de su hijo, pero no a la ejercitada en nombre propio.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 21/2005, DE 1 DE FEBRERO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Pilar interpuso querella, en su nombre y en el de su hijo menor, contra el padre de éste, por estafa procesal, basándose en los siguientes hechos: el padre presentó demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad contra los querellantes, solicitando se declarara que el menor no era hijo biológico suyo y, en consecuencia, se cancelara, en el Registro Civil, la inscripción de la filiación paterna. Al efecto, aportó con la demanda prueba consistente en un test de paternidad realizado por una clínica médica, que excluía dicha paternidad con un 100% de probabilidad. Posteriormente, en el momento procesal oportuno, fue practicada prueba pericial biológica por el Instituto Nacional de Toxicología, que arrojó el resultado de probabilidad de la paternidad del querellado con una probabilidad del 99,999998%. Ante este resultado, el querellado presentó escrito de desistimiento.

⊙ El Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Parla dictó Auto, el día 28 de febrero de 2002, en que inadmitía la querella a trámite por dos clases de motivos: en primer lugar, por una serie de requisitos formales (la querella no señalaba dónde se repartió la demanda civil, ni aportaba original de la documental que adjuntaba, ni señalaba la fecha del desistimiento, ni la resolución dictada tras producirse éste). En segundo lugar, por una serie de motivos de fondo (porque la madre no puede ostentar la representación de su hijo para interponer una querella contra el padre, por existir un conflicto de intereses; porque no se indicaba que el Ministerio público hubiera iniciado acción penal alguna, y por concurrencia de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 CP).

⊙ El día 13 de marzo de 2002 se presentó recurso de reforma y subsidiario de apelación contra esta resolución, que fue resuelto mediante Auto de 1 de abril siguiente, desestimatorio del recurso de reforma.

⊙ La Audiencia Provincial, por su parte, dictó Auto de 12 de julio de 2002, desestimando el recurso de apelación. En el recurso se indicaba que el instructor había inadmitido la querella por no ser los hechos constitutivos de delito y que, compartiendo la Audiencia la misma conclusión, al no apreciar la existencia del fraude procesal que se denunciaba ni de fingimiento de pleito alguno, procedía confirmar dicha resolución.

⊙ La querellante formalizó incidente de nulidad de actuaciones contra esta resolución por incongruencia, visto que la querella fue inadmitida, no por no ser los hechos constitutivos de delito, sino por las razones anteriormente expuestas. Esta petición fue estimada, dictando la Audiencia Provincial Auto de 7 de noviembre de 2002 mediante el cual, admitiendo que los motivos del rechazo de la apelación eran ajenos por completo a los aducidos por el Juez de Instrucción para inadmitir la querella y recurridos en apelación, se declaraba la nulidad de aquella resolución. Seguidamente dictó nuevo Auto, de 28 de enero de 2003, mediante el que se volvía a desestimar el recurso de apelación,

en este caso por entender que concurría la excusa absolutoria del artículo 268 CP, así como la prohibición de accionar penalmente entre parientes prevista en el artículo 103 LECrim.

⊙ Contra la anterior resolución formalizó doña Pilar recurso de súplica, con fecha 10 de febrero de 2003, por incongruencia omisiva, habida cuenta que la querella fue interpuesta en nombre propio y en representación de su hijo, y mientras que la resolución judicial se refiere a su hijo, excluye cualquier referencia y, por tanto, cualquier pronunciamiento, en relación a la aplicación de la excusa absolutoria a la querellante, en cuanto a su actuación en nombre propio. Este recurso fue inadmitido mediante providencia de 17 de febrero de 2003, al no caber recurso de súplica contra los Autos que resuelven recurso de apelación.

⊙ Doña Pilar interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien acordó anular el Auto de la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de enero de 2003 dictado en el rollo de apelación núm. 100-2002 y retrotraer las actuaciones a fin de que por la Audiencia Provincial se dicte otro Auto en su lugar respetuoso con el derecho fundamental comprometido.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Motivos del recurso de amparo.

La demanda de amparo plantea la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), por incongruencia omisiva, por no pronunciarse el Auto de 28 de enero de 2003 acerca de la acción ejercitada por la demandante en su propio nombre. Alega la demandante que todas las fundamentaciones jurídicas argumentadas para la desestimación del recurso de apelación precitado lo son respecto de la querellante doña Pilar actuando en representación de su hijo menor Luis Miguel, pero en ningún momento se hace referencia a doña Pilar actuando en su propio nombre, cuando es evidente que la acción penal se ejercita por la hoy recurrente en amparo en su propio nombre y, asimismo, en el de su hijo menor.

Por todo ello, pide que se dicte sentencia otorgando el amparo solicitado, reconociendo el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, declarando la nulidad del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 6.ª, de fecha 28 de enero de 2003, como vulnerador de este derecho, ordenando dictar una resolución que se pronuncie sobre la admisión o inadmisión de la querella ejercitada por la demandante de amparo en su propio nombre.

2. Informe del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 17 de junio de 2004, presenta alegaciones, en las que indica que en la resolución recurrida la motivación se centra exclusivamente en el análisis de la concurrencia de los elementos del delito de estafa procesal, poniéndolos en relación con las peculiaridades de la excusa absolutoria del artículo 268 CP, en cuanto aplicable al hijo de la ahora recurrente y del querellado, sin hacer otras consideraciones sobre el delito, al aducir la demandante su propia cualidad de perjudicada por dicha infracción penal –y, por lo tanto el imposible alcance a ella de los efectos de la excusa absolutoria–; extremo este que se plantea al actuar no sólo como representante legal de su hijo sino también en su propio nombre y derecho.

El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal. Consiguientemente, para determinar si existe incongruencia en una resolución judicial se hace preciso contrastar su parte dispositiva con el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y *petitum*), de modo tal que la adecuación debe extenderse tanto a la petición como a los hechos que la fundamentan.

En el presente caso, es de observar que el Auto de la Sala de fecha de 28 de enero de 2003, por el que se resuelve y estima el recurso de apelación

planteado por la actora, se limita única y exclusivamente a justificar la procedencia de aplicar la tan citada excusa absolutoria en relación con el hijo del matrimonio separado, pero sin hacer la más mínima mención a la hipótesis de la comisión del delito de estafa procesal en el que podría resultar perjudicada, al menos en hipótesis, la propia actora. Tal falta de pronunciamiento no puede entenderse sino como expresión de la ausencia de respuesta a una pretensión perfectamente articulada y sostenida desde el escrito de interposición de querella, y reiterada en el recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el Auto del Juzgado de fecha 28 de febrero de 2002, así como el planteamiento del propio incidente de nulidad de actuaciones formulado frente al Auto de la Sala de 12 de julio de 2002.

Dicha falta de respuesta supone una incongruencia omisiva integrante a su vez de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Por ello, y según disponen los artículos 86.1 y 80 LOTC, el Fiscal interesa el otorgamiento del amparo, el reconocimiento a la actora de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y la declaración de nulidad de la resolución recurrida, con retroacción de actuaciones a fin de que por la Audiencia Provincial se dicte otro en su lugar respetuoso con el derecho fundamental comprometido.

3. Fundamento jurídico del Tribunal Constitucional para estimar el recurso.

A) Consideraciones previas de carácter procesal.

La demandante denuncia en este caso la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por razón de incongruencia omisiva en el Auto dictado en apelación. Sin embargo, no promovió contra este auto el incidente de nulidad de actuaciones contemplado en el artículo 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (ahora en el artículo 241 LOPJ) que, como ha venido declarando últimamente este Tribunal en constante jurisprudencia (por todas, STC 178/2002, de 14 de octubre, FJ 4), tras la reforma de este precepto operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, posteriormente por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, y ahora por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, constituye un recurso de ineludible agotamiento, a efectos del artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica de este Tribunal (LOTC), para estimar cumplido el mencionado requisito y respetar así el carácter subsidiario del recurso de amparo, dando al órgano judicial la oportunidad de subsanar, en su caso, la resolución pretendidamente incongruente que hubiera adquirido firmeza.

En este caso, el remedio de interponer el referido recurso de nulidad de actuaciones hubiera permitido al órgano judicial subsanar, en su caso, la resolución supuestamente incongruente que adquirió firmeza. Tal posibilidad era plenamente factible en el momento en que fue notificada a la actora la resolución que ahora se impugna en amparo, por lo que resultaba obligado intentar este incidente. Pese a ello, la actora, que ya había interpuesto otro incidente de nulidad de actuaciones, que ya había sido estimado, interpuso recurso de súplica, que resultaba claramente improcedente.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la demandante, en el primer incidente de nulidad, ya hizo referencia expresa a que el recurso de apelación debiera resolverse a la vista de las alegaciones vertidas en el recurso de reforma y subsidiario de apelación, en el que expresamente se indicaba que la querellante ejercitaba la acción penal también en su propio nombre, y argumentaba ampliamente las razones por las que no resultaba aplicable la excusa absolutoria. De este modo, es claro que la demandante dio al órgano judicial la oportunidad de subsanar, en su caso, la resolución pretendidamente incongruente, respetando así el carácter subsidiario del recurso de amparo, razón por la que se entiende que no concurre el óbice procesal de falta de correcto agotamiento de la vía pese a no haber interpuesto el segundo incidente de nulidad.

Por su parte, la utilización del recurso de súplica no convierte en extemporánea la demanda de amparo. En efecto. Según reiterada doctrina de este Tribunal, el plazo para la interposición del recurso de amparo establecido en el artículo 44.2 LOTC es un plazo de derecho sustantivo, de caducidad, improrrogable, no susceptible de suspensión y, por consiguiente, de inexorable cumplimiento (entre otras, SSTC 120/1986, de 22 de octubre, FJ 1; y 132/1999, de 15 de julio, FJ 2). Asimismo, hemos dicho que tal plazo no es susceptible de ser ampliado artificialmente por arbitrio de las partes, mediante el ejercicio abusivo e indebido de todos los remedios procesales imaginables en la vía judicial previa, los cuales sólo deben utilizarse cuando resulten razonablemente exigibles por ser los procedentes con arreglo a las normas procesales, debiendo estimarse excluidos aquellos no previstos en la Ley o manifiestamente improcedentes en el curso del proceso de que se trate. En razón de ello, la fecha en que ha de iniciarse el cómputo del referido plazo es aquélla en la que al demandante de amparo se le notifica o tiene conocimiento suficiente o fehaciente de la resolución que pone fin a la vía judicial previa, sin que puedan tomarse en consideración los recursos notoriamente inexistentes o inviables que se interpongan con posterioridad a dicha fecha (por todas, SSTC 199/1993, de 14 de junio, FJ único; y 245/2000, de 16 de octubre, FJ 2).

En este caso, la demanda de amparo fue presentada dentro del plazo de veinte días contados a partir de la notificación del Auto resolutorio del recurso de apelación, contra el que luego se interpuso el improcedente recurso de súplica. En efecto, aunque no consta en el testimonio de las actuaciones remitido por la Audiencia Provincial la fecha exacta de notificación de dicho Auto, no fue antes del día 4 de febrero de 2003, fecha en que se extendió diligencia de constancia de haber sido remitida copia de dicho Auto a la Abogada de la querellante, a los efectos de su notificación. Y no fue después del día 10 de febrero de 2003, en que la querellante se dio por notificada interponiendo el repetido recurso de súplica. La demanda de amparo tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 24 de febrero de 2003; dentro, por lo tanto, del plazo de veinte días legalmente establecido, a computar desde el día 4 de febrero anterior, que fue el primero en que pudo haber sido notificado o tenido conocimiento del Auto que puso fin a la vía judicial previa. Por consiguiente, si la actora interpuso el recurso de amparo dentro de los veinte días siguientes a la notificación de 28 de enero de 2003, del Auto desestimatorio del recurso de apelación contra el Auto dictado por el Juez de Instrucción, la conclusión que se alcanza no puede ser otra que la inexistencia de incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44.2 LOTC.

B) La lesión constitucional como consecuencia de la incongruencia omisiva.

Debe ponerse especialmente de relieve que la recurrente en amparo sólo considera producida del Auto que resolvió su recurso de apelación, sin poner de relieve cualquier otra causa que pudiera motivar la vulneración de sus derechos fundamentales, lo que impide ya todo pronunciamiento nuestro al efecto (por todas, SSTC 281/2000, de 27 de noviembre, FJ 5, y 21/2001, de 29 de enero, FJ 3).

El artículo 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. Como en múltiples ocasiones ha declarado este Tribunal, el primer contenido de este derecho es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre; 63/1985, de 10 de mayo; 131/1991, de 17 de junio; 37/1993, de 8 de febrero; 108/1993, de 25 de marzo; 217/1994, de 18 de julio), siendo un derecho digno de protección el que el ofendido tiene a solicitar la actuación del *ius puniendi* del Estado, dentro del sistema penal instaurado en nuestro Derecho, en el que junto a la oficialidad de la acción encomendada al Ministerio Fiscal se establecen otras titularidades privadas, entre ellas la del perjudicado por el delito (artículos 110 y concordantes LECrim; SSTC 108/1983, de 29 de noviembre; 206/1992, de 27 de noviembre; 37/1993, de 8 de febrero).

Sin embargo, y asimismo de acuerdo con reiterada doctrina constitucional, ese *ius ut procedatur* que ostenta el ofendido por el delito no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino tan sólo el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querella presentada (SSTC 11/1985, de 11 de octubre; 148/1987, de 28 de septiembre; 33/1989, de 13 de febrero; 203/1989, de 4 de diciembre; 191/1992, de 16 de noviembre; 37/1993, de 8 de febrero; 217/1994, de 18 de julio), de modo que, a la luz de la anterior doctrina, la mera inadmisión de la querella, al margen de su ausencia de motivación, no tiene por qué lesionar el artículo 24.1 CE.

Existe ya una consolidada doctrina sobre la incongruencia omisiva (desde nuestra temprana STC 20/1982, de 5 de mayo, hasta las más recientes SSTC 187/2000, de 10 de julio, FJ 4, y 195/2000, de 24 de julio, FJ 4). El Tribunal ha mantenido, en síntesis, que no toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Para apreciar esta lesión constitucional debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues, si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas –y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial–, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, siempre y cuando la pretensión omitida fuera llevada al juicio en el momento procesal oportuno.

La única excepción posible que hemos admitido es la existencia de una desestimación tácita de la pretensión sobre la que se denuncia la omisión de respuesta explícita. Además, para que sea posible apreciar la existencia de una respuesta tácita a las pretensiones sobre las que se denuncia la omisión de pronunciamiento es preciso que la motivación de la respuesta pueda deducirse del conjunto de los razonamientos de la decisión, por lo que se hace necesario ponderar las circunstancias del caso para determinar si del conjunto de los razonamientos puede extraerse tal respuesta tácita. En concreto, la STC 2/2004, de 14 de enero (FJ 4), precisa que las hipótesis de incongruencia omisiva no son susceptibles de una solución unívoca, pues han de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso

concreto para determinar si el silencio de la resolución judicial puede o no razonablemente interpretarse como desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva; ello en consonancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias Ruiz Torija c. España e Hiro Balani c. España, de 9 de diciembre de 1994).

C) Aplicación de la doctrina al caso concreto.

En este caso, la Sala expresa en la resolución recurrida que la querella que se inadmite era por un delito de estafa procesal en grado de tentativa del padre con respecto al hijo al que, se dice, quiere privar de su derecho de alimentos a través del procedimiento de impugnación de filiación. De este modo, en cuanto el titular del derecho de alimentos es el hijo, nunca el progenitor, el sujeto pasivo del delito de estafa procesal denunciado lo sería en todo caso el descendiente, y nunca su madre. Por esta razón, continúa la resolución, siéndole de aplicación al hijo la excusa absolutoria prevenida en el artículo 268 CP y la prohibición de accionar consignada en el artículo 103 LECrim, procede confirmar la inadmisión de la querella, ya que ni la excusa absolutoria ni la prohibición de accionar desaparecen por ejercitarse la acción penal por la madre en su representación.

La Audiencia considera, por lo tanto, que el único sujeto pasivo del delito de estafa procesal denunciado es el hijo, y no la querellante. Y ello porque el delito de estafa procesal tenía por finalidad última privar a aquél de su derecho de alimentos. Sin embargo, la demanda de amparo y la querella manifestaban que la estafa intentada también perseguía perjudicar gravemente a la querellante: en primer lugar, porque el objetivo del querellado era, no sólo evitar pagar la pensión de alimentos del hijo, sino también echar a la querellante de la vivienda que servía de domicilio conyugal; en segundo lugar, porque la estafa produciría graves daños morales a la querellante, al negar a su hijo el carácter de hijo matrimonial que obviamente tenía. Pese a ello, la única vertiente que analizó y estudió la Sala en su resolución fue la relacionada con la obligación de alimentos, no las restantes.

En relación con el aspecto analizado, y sin entrar a analizar la corrección o no de la interpretación de la legalidad ordinaria que la Sala realiza al considerar que el perjudicado del delito de estafa procesal era únicamente el menor en cuanto perseguía privarle del derecho de alimentos (el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye en su contenido el derecho al acierto judicial: STC 148/1994, de 12 de mayo), podría llegar a afirmarse que existió una desestimación tácita de la pretensión sobre la que se denuncia la omisión de respuesta explícita, en cuanto se negó a la demandante el carácter de sujeto pasivo del delito y de perjudicado por el mismo.

Sin embargo, aun admitiendo lo anterior, es claro que la Sala en ningún momento se pronunció sobre el carácter de perjudicada de la querellante en relación con las otras vertientes indicadas (el delito de estafa también perseguía privar a la querellante de sus derechos sobre la vivienda conyugal; la querellante sufrió daños morales como consecuencia de la impugnación fraudulenta de la filiación matrimonial de su hijo). Y tampoco analizó y resolvió sobre la concurrencia o no, en la querellante, quien evidentemente formalizó la querella en su doble condición de perjudicada y de representante de su hijo, tanto de la excusa absolutoria como de la prohibición de accionar penalmente contra su esposo, de quien se encontraba separada. El Auto de la Audiencia Provincial se limitó a analizar la estafa procesal intentada en cuanto al menor se refiere, pero obvió cualquier análisis sobre la propia querellante, quien esgrimió también una legitimación propia para accionar penalmente.

De este modo, aunque la exigencia de motivación no excluye una economía de razonamientos, ni que éstos sean escuetos, sucintos o incluso expuestos con referencia a los hechos que constan en el proceso, lo decisivo, desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, es que esos razonamientos contengan una respuesta congruente con las cuestiones planteadas y que a través de los mismos puedan las partes conocer las argumentaciones que conducen al fallo, a efectos de su posible impugnación, y que permitan a los órganos jurisdiccionales superiores (incluso a este Tribunal, en su caso) ejercer la función revisora que les corresponde (por todas, SSTC 55/1987, de 13 de mayo; 184/1988, de 13 de octubre; 25/1990, de 19 de febrero; 232/1992, de 14 de diciembre; 16/1993, de 18 de enero; 28/1994, de 27 de enero; 144/1996 de 16 de septiembre; y 55/1999, de 12 de abril). Y esto es claro que no ocurre en el caso de autos, en el que la Sala omitió cualquier pronunciamiento sobre las cuestiones que han quedado indicadas, sin que tampoco pueda entenderse que se diera en el presente caso una desestimación tácita de la pretensión de inadmisibilidad del recurso.

En definitiva, la resolución no contiene ningún pronunciamiento ni razonamiento referidos a la argumentación que exponía la recurrente en su recurso de reforma y subsidiario de apelación, por lo que la pretensión quedó, en este punto, sin respuesta. Ausencia de respuesta que supuso un perjuicio real y efectivo para la defensa de la demandante, en cuanto determinó la inadmisión a trámite de la querella; razones, por las que, en definitiva, se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo, procediendo declararlo así, anular el Auto de la Sec. 6.ª de la

Audiencia Provincial de Madrid de 28 de enero de 2003 dictado en el rollo de apelación núm. 100-2002, y retrotraer las actuaciones a fin de que por la Audiencia Provincial se dicte otro Auto en su lugar respetuoso con el derecho fundamental comprometido.

Habiendo sido absuelto en la Sentencia del Juzgado de Instrucción de las faltas de maltrato de obra, amenazas y contra la propiedad de las que fue acusado por el Ministerio Fiscal y su esposa, la Audiencia Provincial le condenó en base a una nueva valoración de las pruebas testificales infringiendo con ello los principios de inmediación y contradicción ya que las únicas pruebas de cargo eran los mencionados testimonios, por lo que se le concede el amparo y se anula la sentencia de apelación.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 91/2005, DE 1 DE FEBRERO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Pablo fue absuelto por Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid de 27 de abril de 2001 de las faltas de maltrato de obra, amenazas y contra la propiedad de las que fue acusado por el Ministerio Fiscal y su esposa, considerando que los hechos relatados en la denuncia no habían quedado acreditados por los diversos testimonios vertidos en la vista del juicio de faltas.

⊙ El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra la absolución por las faltas de maltrato de obra y amenazas, fundamentado en errónea apreciación de la prueba, que fue estimado, sin celebración de vista, por Sentencia de la Sec. 17.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de diciembre de 2001, condenando al recurrente como autor de ambas faltas a sendas multas de 20 y 30 días con una cuota diaria de 200 pesetas y a permanecer alejado de la denunciante durante un plazo de seis meses. La Sentencia de apelación, modificando la declaración de hechos probados de la Sentencia apelada, consideró acreditado que el acusado desde la firma del convenio regulador de su separación matrimonial había estado amenazando a la denunciante directamente o por teléfono con expresiones del tipo de «te voy hacer desparecer del mapa» o «te voy a dar de hostias» y que el día 29 de enero de 2001 cuando acudió al domicilio de la denunciante a devolver a su hijo la empujó y tiró al suelo violentamente sin causarle ninguna lesión. La Sentencia fundamentó esta modificación en que si bien el juzgador no había dado credibilidad alguna a los testimonios de la denunciante y del testigo, otorgando una verosimilitud integral a la versión del denunciado, sin embargo, «queda probado que Pablo ha venido amenazando a Isabel por las siguientes razones: 1) Isabel lo manifestó así tanto en el momento de la denuncia como en el del juicio; 2) lo corroboró su hermana también sin vacilaciones ni contradicciones de ningún tipo».

⊙ Don Pablo interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que anuló la Sentencia de la Audiencia Provincial.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente aduce en su demanda la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) por haber sido condenado en segunda instancia, tras una previa absolución, con fundamento, exclusivamente, en una nueva valoración sobre la credibilidad de pruebas testificales que no habían sido practicadas con la debida inmediación ante el órgano judicial de apelación.

El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 24 de julio de 2003, interesó el otorgamiento del amparo, por vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, y la anulación de la Sentencia recurrida, argumentando que la condena se ha producido en la segunda instancia, tras una absolución previa, revisando y corrigiendo la valoración realizada por el órgano judicial de primera instancia de pruebas testificales sin observar los principios de inmediación y contradicción.

Es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11) y seguida en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 192/2004, de 2 de noviembre; ó 200/2004, de 15 de noviembre), que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando la apelación se plantee contra una Sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. E, igualmente hemos sostenido que la constatación de la anterior vulneración determina también la del derecho a la presunción de inocencia si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamente la condena.

En el presente caso, las actuaciones evidencian que la única actividad probatoria desarrollada en la vista del juicio de faltas fueron pruebas de carácter personal (declaraciones de la denunciante y del denunciado y de un testigo); que la Sentencia del Juzgado de Instrucción absolvió al recurrente, conforme al principio de presunción de inocencia, al considerar que los hechos denunciados no habían quedado acreditados por los diversos testimonios vertidos en la vista del juicio de faltas; que el Ministerio Fiscal recurrió dicha absolución con fundamento exclusivo en errónea valoración de las pruebas personales practicadas; y, por último, que en la Sentencia de apelación, sin celebración de vista ni práctica de prueba en la segunda instancia, se condenó al recurrente como autor de sendas faltas de maltrato de obra y amenazas, modificando el relato de hechos probados, basándose sólo en el examen de los testimonios prestados en la primera instancia reflejados en el acta del juicio de faltas.

Por tanto, toda vez que es manifiesto que el órgano judicial de apelación fundamentó la condena en una nueva valoración de las pruebas testificales con infracción de los principios de inmediación y contradicción y que las únicas pruebas de cargo eran los mencionados testimonios, debe otorgarse el amparo por vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, cuyo restablecimiento determina la anulación de la Sentencia impugnada.

FILIACIÓN

Validez de la citación para la práctica de la prueba biológica al haberse practicado en el domicilio en el que se le hizo el emplazamiento para el pleito y que sirvió para que se personase en el procedimiento.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 2004

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Cristina interpuso demanda de menor cuantía contra don Fidel solicitando que se dictase sentencia por la que se reconozca la filiación del menor Juan Alberto como hijo no matrimonial del demandado, con la obligación de prestar alimentos, y la subsiguiente modificación de apellidos.

⊙ Admitida a trámite la demanda, ésta fue contestada por la representación de la parte demandada oponiéndose a la misma, aduciendo cuestión incidental de competencia por declinatoria, la cual se tramitó y se resolvió por auto de fecha 15 de enero de 1996, que fue apelado y desestimado por la Ilma. Audiencia Provincial de Murcia. Alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando al Juzgado: se dictara sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda inicial. Igualmente, fue emplazado el Ministerio Fiscal, que se oponía a lo relatado en tanto no resultara suficientemente probado.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Murcia dictó Sentencia el 3 de junio de 1997 estimando la demanda y declarando que el menor Juan Alberto es hijo no matrimonial de la actora y del demandado, quien ostentará a partir de esta resolución los apellidos de V., asimismo de conformidad con el artículo 111 del Código Civil se priva al demandado de la patria potestad sobre dicho menor, y se le condena a que abone en concepto de alimentos para su hijo la cantidad de 80.000 pesetas mensuales en la forma expuesta en el fundamento jurídico quinto, con expresa imposición de costas al demandado.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Murcia dictó Sentencia el 15 de diciembre de 1998 desestimando el recurso interpuesto por don Fidel. El recurso se basaba en dos motivos, el primero por entender que en contra de lo declarado en la aludida Sentencia, no había existido, por su parte, negativa a someterse a la prueba biológica o genética, dado que no existió notificación ni comunicación para ello; y con carácter subsidiario, rechazaba la determinación hecha sobre la pensión alimenticia a pagar al menor, pues no se había practicado prueba sobre ello. El fundamento de la sentencia se basó en que la notificación-citación para la realización de las pruebas se efectuó, no sólo en la persona del Procurador que había comparecido por el demandado, sino también porque se le intentó hacer al demandado personalmente en el domicilio que constaba del mismo en la Pedanía del Santo Ángel, en la que, al estar él ausente, y siendo el lugar en el que admitió el emplazamiento de la demanda, se efectuó con la persona que se encontraba en él, y que se hizo cargo de la notificación.

⊙ Don Fidel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como se observa del planteamiento de los motivos del actual Recurso por el demandado, la mitad de ellos (los 5 primeros), tratan de combatir la tesis mantenida por el Tribunal, al dictar una Sentencia condenatoria, por un lado, basada en la negativa del recurrente a someterse a las pruebas biológicas, partiendo de una citación-notificación nula al respecto, y no existir por ello negativa plena y expresa a comparecer; y de otro, los demás motivos tratan sobre el sistema de valoración de la prueba adoptado por el Juzgado y por la Audiencia, para deducir el nivel de vida del propio demandado, por cuanto no se aplicó para ello la prueba directa, al ejercer él una profesión libre; por ello, se procederá a continuación, a su examen conjunto, en dos grupos para cada uno de esos puntos, que quedan englobados así.

Este bloque de motivos agrupados con el 1.º de ellos, se refieren, pues, a la citación para la práctica de las pruebas biologicogenéticas al presunto padre de la menor, se plasma en varios submotivos, que atacan las diversas afirmaciones que, para valorar la negativa, o más bien incomparecencia, a realizarse dichas pruebas, se hacen en las Sentencias de instancia, y que pueden dividirse así: a) las mismas se basan en dos afirmaciones, una indiciaria o meramente presuntiva, no atacada propiamente en el recurso (aunque sería deducible de la apreciación de la otra), sobre la relación afectiva, durante el tiempo de la concepción, existente entre ambos litigantes, y «calificable, cuando menos, de honda e intensa, por lo que es perfectamente plausible inferir que pudieron mantener relaciones sexuales»; y otra negativa, que se da por suficientemente probada, y que es la que se ataca en el recurso, cual es la de la obstrucción a someterse a las pruebas referidas, tras estar debidamente citado para ello; b) sobre la negativa a someterse a las pruebas, se cita en el recurso una copiosa doctrina jurisprudencial de esta Sala, en orden a la valoración de esa negativa, y de la citación para ellas, trayéndose a colación diversas Sentencias, principalmente las de 11 de septiembre de 1991 y de 24 de marzo de 1989, según las que, por un lado, la «negativa ha de ser seria, justificada y ser manifestada por la propia persona que ha de someterse a la prueba biológica, y nunca mediante una negativa expresada a través del representante procesal que nunca podrá ser portador de un consentimiento tan personalísimo que sólo el otorgamiento de un poder especial podría justificar y suplir»; y por el otro lado, que la «negativa sea seria, injustificada y manifestada personalmente por el interesado, netamente obstruccionista y reveladora de un deliberado propósito de no comparecer ante los peritos para someterse a las pruebas biológicas»; y c) de acuerdo con ello, se ataca la declaración de la Audiencia, en cuanto se entiende como no atemperada a esos parámetros jurisprudenciales, en los siguientes frentes: 1) no puede entenderse como notificación/citación para la práctica de la referida prueba, la mera puesta en conocimiento de su Procurador en el pleito; 2) el domicilio, para notificaciones, no es aquél en el que se realizó la diligencia; 3) ante su ausencia, en tal lugar, en cualquier caso no se cumplieron los artículos 279 y 268 LEC, pues la persona que firmó la citación, que lo hizo como su esposa, no lo era, dado que la autoridad municipal –Policía Local– de Murcia, informa que él convive con otra mujer distinta a la que se indica en la diligencia, y el mismo manifiesta, por su cuenta, que ella no es su esposa, por lo que concluye que la referencia de la diligencia es falsa; y 4) en definitiva, se dice que la prueba utilizada es la de presunciones, pero los hechos base, de los que se deduce la consecuencia alcanzada en la Sentencia, no están suficientemente probados, por no ser fiables.

Deben perecer tanto el motivo general, como los submotivos en que, como se dice, el mismo se divide, pues, como se alega acertadamente en la impugnación del recurso, y se mantiene por el Ministerio Fiscal, que sigue y ampara esta impugnación, todas esas afirmaciones de la parte recurrente, en cuanto pudieran negar (y a eso van dirigidas) la validez de la citación personal del tenido por procreador de la menor, y con ello la no valoración como negativa de la no comparecencia del mismo a someterse a las pruebas biológicas de paternidad, no pueden ser aplicadas en el presente caso, ni con ello pueden ampararse en la jurisprudencia que se acaba de mencionar, dado que la actitud del presunto procreador ha sido obstruccionista a ellas, y el mismo ha practicado actuaciones en todo caso tendentes a su no realización (conculcando la obligación derivada del artículo 11.8 CE, y su desarrollo correspondiente en el 17.1 LOPJ, tal como se expone en la STS de 19 de marzo de 1997, las que obligan a los ciudadanos a colaborar con la Administración de Justicia, para que ésta conozca la realidad y verdad de los hechos sometidos a su conocimiento), y son demostrativas de la carencia de buena fe procesal, que le es exigible como parte en el proceso. Así, esa labor obstruccionista es debidamente apreciada por el Tribunal *a quo*, y por ello deben ser desestimados todos los submotivos que se acaban de indicar:

1.º En referencia al domicilio en el que se hacen las notificaciones, ya que fue el mismo en el que el demandado fue emplazado y en virtud de dicha diligencia, se personó en juicio, por lo que no puede sostenerse que el mismo sí sirva para una cosa y no para la otra.

2.º La primera obstrucción del hoy recurrente, tendente a «escapar» de cualquier relación de los Órganos judiciales con él a través del aludido domicilio, deriva, y lo tiene en cuenta la resolución de la Audiencia, del planteamiento de una declinatoria sobre competencia judicial inicial, basada, no en ese domicilio, y sí en el otro, cuestión que fue desestimada por la referida Audiencia.

3.º Existe otro intento (valorable, en el aspecto indicado, con aquél) de impedir la práctica de la prueba de referencia (fundamental en esta clase de procesos, si la relativa a la relación sexual al momento de la concepción entre las partes, y ya que por ella no va el recurso, es meramente indiciaria, según la constante jurisprudencia al respecto, por el casi completo, por no decir total, valor científico, en estos casos, del contraste o referente del ADN), el que se produce a través de la oposición procesal a tal práctica, debidamente propuesta, de la prueba dicha, calificándola de inútil e impertinente.

4.º La referencia a si la relación de la mujer que se hizo cargo de la citación, en el domicilio indicado, es o no, la de «esposa o mujer» del citado, del que se dice que vive *more uxorio* con otra, no trae ninguna consecuencia respecto a la validez de la diligencia, pues también a través de ella, y en el mismo domicilio, se produjo el emplazamiento, y éste fue efectivo, y el hecho de hacerse constar, en el diligenciamiento, la relación personal del demandado con esa persona, es porque el precepto ordenador de la citación así lo impone, y lo más probable (por no decir seguro), es que la tal persona hiciera referencia a ese vínculo personal con el interesado, que puede ser perfectamente cierto, sin perjuicio de que el mismo mantenga otra relación con la mujer de la que se informa por la Policía Local.

5.º La referencia al conocimiento por el Procurador del demandado de que éste era citado, a su través, y en cuanto la acepta, para la prueba que se indica, puede tener, razonablemente, una referencia de conocimiento para el mismo, y tiene el carácter de un dato abundancial en relación a los otros indicados, por lo que, como punto de mayor apoyo, sirve en el presente caso, aparte de que en el poder obrante en autos (el que, es cierto, no es un poder especial, al efecto), se le conceden a dicho Procurador facultades para poder recibir, a fin de ser destinadas al demandado, citaciones personales que a éste le puedan afectar (*vid*. S. de esta Sala, de 28 de mayo de 1999, sobre este aspecto del tema estudiado; siendo también citable, en igual sentido, la de 12 de febrero de 2002).

6.º Todos estos datos, que se tienen por probados, valorados conjuntamente, llevan al Juzgador de instancia a una deducción lógica, amparable por la vía de las presunciones (artículo 1253 CC), que es la de que la citación fue válidamente realizada, pues no se aprecia que el juicio o deducción que aquél realiza al respecto, sea erróneo, arbitrario, ilógico o irracional, que es la única forma de poder valorar casacionalmente la prueba practicada con criterio distinto al tenido al efecto por el Juzgador *a quo*.

7.º En definitiva, y articulada la parte principal del motivo general aquí estudiado, por conducto del núm. 3.º del artículo 1692 LEC, sobre quebrantamiento de las formas esenciales de los actos procesales (en cuanto aparecen los requisitos de la forma y lugar de la citación, con la referencia de ser la misma personal), el referido precepto exige además que con ello se haya producido «indefensión para la parte» que hace tal alegación, para lo que el artículo 1693 impone la petición, por parte del interesado, de la subsanación de la falta, en primera, e incluso segunda, instancias, lo que aquí no consta que se haya hecho.

El otro bloque de motivos, que ahora se estudia, como el anterior, como genérico, sin perjuicio de dividirlo en submotivos, en cuanto todos ellos conducen al mismo fin, se dedica a atacar la deducción del Juzgado de 1ª Instancia, en su Sentencia, a partir del caudal de bienes que puedan corresponder al condenado a prestar alimentos al hijo que se da como reconocido, por cuanto la Audiencia los confirma, y en cuanto que se refieren al nivel de vida que se aprecia en el mismo, al mantenerse por él dos viviendas, y por la realización de determinados viajes, prueba de la que aquél tiene que partir, dado que existe un dato de salida, que es el de que el demandado carece de una profesión estable (o libre, como la califica la Sentencia), lo que nos debe llevar a las pruebas indiciarias del ejercicio del comercio (cuya actividad, se dice que es «importante»), pues la no colaboración en mostrar su *modus vivendi* y sus ingresos (no son valorables los datos sobre la renta en ingresos que él sólo deduce) impide esa prueba directa que en supuestos distintos (de un puesto fijo de trabajo remunerado) sí se da, y es correcto acudir a ellos. El recurrente trata en este motivo, y submotivos, de deducir de la prueba un resultado distinto al del Juzgador, lo que le está vedado, pues ello convertiría a este Recurso, en una tercera instancia, que no lo es, y sólo por la vía, como se ha dicho antes, de demostrar que la valoración probatoria de este aspecto del Recurso se ha realizado con criterios arbitrarios, irracionales o erróneos, nos podría llevar a otra conclusión; por lo que, sin más, este bloque de la casación, debe también perecer. El criterio del Juzgador de instancia, por otro lado, y ya referente asimismo al señalamiento de la cuantía de la pensión alimenticia en correlación, no sólo a los deducidos ingresos del demandado, sino también a las necesidades del menor reconocido, es función de valoración probatoria, que también corresponde al Juez de instancia.

FILIACIÓN

Cuando exista un principio de prueba en las actuaciones, aunque no haya posesión de estado, la negativa del demandado al sometimiento a las pruebas biológicas llevará a la estimación de la demanda.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Amelia interpuso demanda sobre reclamación de filiación no matrimonial contra don Jesús Manuel y, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia por la que se declare que: «1) don Jesús Manuel es el padre del niño que doña Amelia dio a luz el día 9 de junio de 1981, al que se le impuso el nombre de Benedicto. 2) Se acuerde la procedencia de la rectificación de la inscripción practicada en el Registro Civil de Albacete, referente a la paternidad del citado menor, con la salvedad de que no se modifiquen los apellidos del mismo, por los motivos expuestos en el supuesto de hecho sexto, poniendo cuantas menciones se refieren a la paternidad de don Jesús Manuel. 3) Conceder como mínimo la cantidad de cincuenta mil pesetas mensuales para alimentos, ropas, estudios, etc., del menor, que deberán ser abonadas dentro de los cinco primeros días de cada mes y por adelantado, a la actora en la cuenta bancaria que ésta designare. Con la revisión anual del IPC. 4) Todo ello con expresa imposición de costas, por constancia expresa de temeridad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1902 del CC, del demandado don Jesús Manuel si se opusiese a la presente demanda».

⊙ Comparecido el demandado, don Jesús Manuel, contestó a la demanda suplicando su desestimación. Compareció también el Ministerio Fiscal declarando que no interesaba diligencia alguna de prueba por lo que habrá de estarse a las pruebas propuestas por las partes.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia nº 4 de Albacete dictó Sentencia el 3 de abril de 1998 estimando íntegramente la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Albacete dictó sentencia el 30 de julio de 1998 estimando el recurso interpuesto por don Jesús Manuel y revocando la sentencia del juzgado absolvió a este de las peticiones que contra el mismo se incluían en el suplico de la demanda.

⊙ Doña Amelia interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la Sentencia del Juzgado de Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación se ha fundado en dos motivos: El motivo inicial aparece acogido al artículo 1692.3.º LEC y estima incongruencia omisiva, porque nada expresa sobre la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica. Luego, en el submotivo, aduce indefensión y estima vulnerados los artículos 24.1 de la Constitución y 5.1 y 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto al derecho de los litigantes a utilizar los medios de prueba. Hace referencia al artículo 39.2 de la Constitución, con el propósito de proteger totalmente a los hijos en cuanto a la investigación de la paternidad. El motivo segundo, aduce infracción de los artículos 10, 24, 14, 39 y 118 de la Constitución. Se refiere al caso de autos, de los calificados como dudosos, porque la filiación tiene su origen en una relación

corta en el tiempo, por lo que no cabe hablar de posesión de estado, no hay reconocimiento expreso, ni convivencia con la madre en una relación *more uxorio* y en esta situación, no resulta lícito que desde la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica, deje sin prueba definitiva a la parte que instó de buena fe el reconocimiento de la filiación.

El Tribunal Supremo antepone en su examen casacional el motivo segundo, pero hace unas consideraciones previas sobre las pruebas practicadas en la instancia. La sentencia de la Audiencia recoge inorgánicamente varios datos con diferente virtualidad probatoria. Así, con relación a la prueba de testigos, recoge la resolución *a quo* que depusieron la hermana de la actora, doña María Rosario, y sus amigas, doña Carmen y doña Fátima, que declararon que conocían la existencia de relaciones sexuales entre las partes por habérselo contado la demandante, incluso la Sra. Fátima refiere algo que no se expuso en la demanda que, por problemas médicos del menor se precisó conocer el grupo sanguíneo del padre y se dirigió la hermana de la actora al demandado para que se le comunicara y éste contestó diciéndolo. El demandado ha negado los hechos y aparecen en la instancia dos datos carentes de virtualidad probatoria a estos efectos. El primero, la referencia a que la actora afirma conocer al demandado a finales de 1980, habiendo nacido el niño el 9 de junio de 1981, alegándose que el nacimiento tuvo lugar a los ocho meses, pues resulta notorio la variabilidad de la duración de la gestación y cuando existe prueba documental aportada con la demanda, la dolencia de la madre de la glándula tiroidea. También parece ponerse el acento en que la actora contrajo matrimonio en Albacete con otro señor el 26 de julio de 1991 (más de diez años más tarde del nacimiento del hijo) y que el cónyuge reconoció al menor el 20 de septiembre de 1991 y que en la sentencia de 2 de mayo de 1996 (autos de impugnación de la paternidad 316/1995, del Juzgado de 1.ª Instancia nº 4 de Albacete, anuló tal reconocimiento del menor por allanarse el marido reconocedor a la demanda presentada por la esposa). La carencia de virtualidad a estos efectos resulta palmaria. Estamos en presencia de un reconocimiento de complacencia, como se designa en esta Sala, pero ello nada tiene que ver con la realidad o no de que el padre del menor sea el ahora demandado, pues aquí no se juzgan las eventuales veleidades sentimentales de la madre, sino la realidad o no de una generación y actuando la normativa legal en favor del hijo en cuanto al derecho a conocer a su padre.

Pues bien, estamos en presencia de un caso en que existieron unas relaciones íntimas de duración corta en el tiempo y que determinaron el nacimiento de un niño. No hubo posesión de estado. Se trata ahora de determinar las consecuencias que la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica produce en este juicio.

Hay que consignar aquí que, si bien la Sentencia de esta Sala de 30 de abril de 1992 señaló que la negativa del demandado a prestarse a la práctica de prueba biológica «ha de estar acompañada de forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas, que conduzcan directamente al juzgador al convencimiento de la paternidad, como puede ser cierta posesión de estado, relación epistolar que acredite ciertos sentimientos de la relación afectiva, información testifical y de documentos gráficos directos, personales y no ambiguos en su constatación de las relaciones extramatrimoniales existentes; en fin, un bagaje definido, inequívoco, no susceptible de meras conjeturas». Hacía además, cita de otras precedentes –Sentencias de 26 de junio, 29 de julio y 26 de noviembre de 1990, 2 de enero, 2 de febrero, 25 de abril, 14 de mayo, 28 de junio y 11 de julio de 1991–. Pero, tal criterio, no prevaleció ante el Tribunal Constitucional –Sentencia 7/1994, de 17 de enero– que estimó el recurso de amparo frente a la citada Sentencia de 30 de abril de 1992, y que señaló que «en los supuestos en que existan pruebas suficientes de la paternidad, la prueba biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Justamente, donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial». Por ello, ya la Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 1993 recogió que la negativa a someterse a prueba biológica, aún no constituyendo *ficta confessio* ha de relacionarse con los restantes elementos probatorios y es un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas o indicios que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa –Sentencias de 28 de junio de 1991, 5 y 17 de marzo de 1992, 17 de junio de 1992 y 26 de enero de 1993, entre otras. Por su parte, la Sentencia de 26 de septiembre de 2000, resume en dos las consecuencias de tal doctrina: a) La negativa a la práctica de las pruebas biológicas sin causa justificada, constituye una obstrucción para la recta administración de justicia y tal conducta representa un valioso indicio al que cabe conceder la atribución de la pater-

nidad. b) Tal atribución debe producirse siempre que, por otros indicios, se revele la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción. El demandado fue requerido para tal práctica y manifestó «que, en principio, no tiene intención de ir al citado Instituto el día señalado, sin perjuicio de que pueda cambiar de opinión». Se le hizo por el Juzgado la advertencia de que su incomparecencia a someterse a tal prueba podría ser tenida en cuenta como inicio de la responsabilidad que se le reclama en la demanda y, por último, manifestó su representación y defensa que «la inasistencia se debió a la negativa de mi mandante, ya anunciada anteriormente al Juzgado». Por ello, la Sentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 2001 ha recogido que el demandado no puede impedir, con su simple obstrucción, la práctica de la prueba decisiva y, si lo hace, debe cargar con las consecuencias; someterse a la prueba biológica no es un deber pero sí una carga; en otras palabras, el demandado puede practicar la prueba y probar que no es el padre, desestimándose así la demanda y si se niega a practicarla, no puede cargar a la parte demandante las consecuencias de su negativa. Ello se reitera en la Sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 2003. La de 7 de julio de 2003 ha recogido que cuando las fuentes de prueba se hallan en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso que compone el artículo 118 de la Constitución, conlleva el deber de aquel litigante de aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Ello se reitera en la más reciente de 31 de marzo de 2004. En resumen, y como consecuencia, el motivo debe ser acogido y ello hace innecesario el examen del postpuesto.

FILIACIÓN

Desestimación de la demanda de reclamación de maternidad sin que se haya causado indefensión por la no admisión de la prueba biológica del ADN a practicar en dos personas ya fallecidas, ya que no existían otras pruebas de las que pudiera inferirse cierta probabilidad de que fuera cierta la filiación reclamada.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don David interpuso demanda de reclamación de filiación materna, no matrimonial contra don Juan Pablo y don Benedicto y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: «se dicte sentencia en su día en la que se declare: A) Que don David es hijo no matrimonial de la fallecida Beatriz, hija de Ceferino y de Celia, de estado soltera a la hora del parto. B) Consecuentemente a la anterior declaración y dando lugar a la impugnación de maternidad matrimonial de doña Rocío, se declare que ésta no es la madre biológica de David. C) Las que se deriven de las precedentes declaraciones y ordenando, en todo caso, las rectificaciones y cancelaciones procedentes en la inscripción de nacimiento de David mediante la anotación marginal de la sentencia. D) La condena en costas a quien temerariamente se opusiere».

⊙ Comparecieron los demandados y contestaron a la demanda suplicando: dictando, tras los trámites legales correspondientes, sentencia desestimando la demanda interpuesta, con expresa imposición de costas a la parte actora.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia número 6 de Sant Feliu de Llobregat dictó Sentencia el 28 de octubre de 1997 desestimando íntegramente la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 18 de junio de 2004 desestimando el recurso.

⊙ D-ª Bárbara, actuando en nombre y representación de sus hijos menores don Darío y doña Milagros, a su vez en su calidad de hijos y sustitutos procesales del actor inicial don David. Interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El demandante fundamenta su acción en la circunstancia que alega de que su filiación no es tal, sino que se corresponde con la de un varón de nombre Bruno, nacido el día 21 de diciembre de 1948 e hijo no matrimonial de doña Beatriz, ya fallecida y, como se ha dicho, abuela de los demandados. En la sentencia impugnada se sostiene que esta afirmación del demandante ha quedado desmentida por cuanto que el nacimiento del referido Bruno consta debidamente inscrito en el Registro Civil como hijo no matrimonial de la expresada abuela de los demandados. Se trata, por tanto, de dilucidar si el actor, inscrito con los nombres de David y el mencionado Bruno son la misma persona. El demandante figura inscrito su nacimiento con fecha 28 de diciembre de 1948.

El primer motivo se formula al amparo del artículo 1692.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por considerar infringidos los artículos 566, en relación con el 565 y el 610 en relación con el artículo 631 y el 861.1, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no haberse admitido una prueba pericial de carácter especial. El segundo por infracción del artículo 24 de la Constitución Española, que se invoca directamente al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al sostener la recurrente en relación al motivo anterior, que se ha producido indefensión.

En la sentencia recurrida y en relación al concreto y único problema que los motivos de casación suscitan, sobre la práctica de la prueba pericial consistente en la investigación del ADN de los restos mortales del demandante inicial y de doña Beatriz, hay que admitir la razonabilidad de las declaraciones y decisión adoptada en la sentencia. Ha tenido en cuenta, como el Juzgado de Primera Instancia en resolución muy fundada, que la prueba interesada sólo puede acordarse en los casos en que del resto de las pruebas pudiera inferirse cierta probabilidad de que fuera cierta la filiación reclamada.

La relación de amistad entre las dos madres y la proximidad de fechas entre el nacimiento del hijo de cada una de ellas, unido a las meras afirmaciones de personas distintas de los verdaderos implicados han convertido en inviable la pretensión.

La acción ejercitada por el actor fallecido era una acción de carácter personal, con la que trataba de ejercitar un derecho relativo a su propia personalidad que no transmite a sus herederos más que en la forma de sucesores procesales. Ello significa que la prueba solicitada por éstos, y que no pudo ser conocida y valorada por el demandante, porque falleció antes de su formulación ante el Juzgado, por su carácter excepcional debería tener su base y fundamentación en la tutela de un derecho material que no se observa concurrente en el caso presente. Todo ello unido a la posterior incineración que ha producido de los restos mortales de la abuela de los demandados por terminación del plazo de ocupación del enterramiento.

Por todo ello, el Ministerio Fiscal acertadamente estima que la recurrente en casación no sufrió ninguna indefensión y la denegación de la prueba biológica que suponía, en principio, la exhumación de dos cadáveres, fue bien denegada, pues no era una prueba razonable dado el resultado de las otras pruebas practicadas, por lo que tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia, hizo bien en su denegación, no habiendo sufrido la recurrente ninguna indefensión prohibida por el artículo 24 de la Constitución, dado que del resto de las pruebas practicas era impertinente y afectaba a bienes jurídicos esenciales.

FILIACIÓN

No existe obstáculo alguno de competencia para que en el procedimiento de filiación pueda fijarse un régimen de visitas a favor del que ha sido declarado padre de la menor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ D. Alfonso interpuso demanda de reclamación de paternidad extramatrimonial contra doña María Consuelo, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: dicte sentencia por la que se declare que la menor, inscrita en el Registro Civil como Lourdes es hija de don Alfonso y doña María Consuelo, por lo que dicha menor ostentará el apellido del progenitor demandante y a que se reconozcan todos los derechos que según Ley se establecen, patria potestad, funciones tuitivas y a las obligaciones que como padre la corresponden hacia su hija.

⊙ Compareció la demandada y contestó a la demanda interponiendo a su vez demandan reconvencional suplicando al Juzgado: se dicte sentencia por la que se condene a don Alfonso a abonar a doña María Consuelo una pensión alimenticia para la menor Lourdes por importe de 80.000 pesetas mensuales actualizables anualmente de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE hasta que la menor alcance su independencia económica y ello con efecto desde la fecha de interposición de la demanda y con expresa condena en costas a la parte demandada.

⊙ Por don Alfonso contestó a la reconvención y terminó suplicando al Juzgado: dicte en su día la correspondiente sentencia por la que se acuerde estimar íntegramente la demanda de reclamación de paternidad extramatrimonial, desestimando la acción reconvencional en cuanto a la cantidad solicitada para alimentos, estimando que esta pensión ascienda a 25.000 pesetas mensuales desde que se dicte el auto estimando los alimentos provisionales y a su vez se establezca un régimen de visitas, imponiendo las costas a la parte demandada.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 61 de Madrid dictó Sentencia el 3 de diciembre de 1997 estimando la demanda en parte y declarando la relación de filiación existente entre don Alfonso y la menor inscrita en el Registro Civil como Lourdes, por ser esta hija del actor y de doña María Consuelo, por lo que dicha menor ostentará el apellido del progenitor demandante, con todos los derechos inherentes a dicha declaración, que habrán de ser fijados conforme al Título VII del Libro I del Código Civil, declarando la incompetencia objetiva de este Juzgado para entrar a determinar las relaciones paterno-filiales; y estimando como estimo en parte la demanda reconvencional formulada por doña María Consuelo, en su propio nombre y en representación de la menor Lourdes, cuya paternidad era objeto de la demanda principal, debo condenar y condeno a don Alfonso a abonar a la menor, en concepto de alimentos, la cantidad de 45.000 pesetas mensuales, a abonar los cinco primeros días de cada mes, desde la fecha en que se formuló la reconvención, cantidad que se actualizará anualmente conforme al IPC.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia el 26 de febrero de 1999, desestimó el recurso de apelación interpuesto por doña María Consuelo y esti-

mando parcialmente el recurso interpuesto por don Alfonso, revocó la sentencia de instancia en el sentido de facultar al actor don Alfonso para el ejercicio de la patria potestad, de manera conjunta y compartida con la madre, sobre la hija menor, así como para visitarla y tenerla en su compañía en el modo y manera que se determine en fase de ejecución de sentencia.

⊙ Doña María Consuelo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo se formula al amparo del artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 372.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 120.3 de la Constitución Española. Sostiene la recurrente que se ha infringido por el juzgador la obligación y necesidad de exponer las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, por lo que también estima que se ha infringido el artículo 24.1 de la Constitución Española. El motivo no puede ser atendido en ningún caso, pues en la sentencia recurrida se contienen completos y minuciosos razonamientos sobre la falta de posesión de estado y de legitimación activa del demandante, en el sentido de que rechaza las alegaciones al respecto que formula como excepciones la hoy recurrente. En el presente motivo no se hace otra cosa que discrepar de los razonamientos de la sentencia impugnada, pero ello no puede llevar consigo a la pretendida conclusión de la falta de esos razonamientos, que hubieran podido producir indefensión en la recurrente. Conviene subrayar que en la sentencia de primera instancia se dice literalmente lo siguiente: «ha de considerarse probada por tanto la posesión de estado, reconociendo la legitimación activa de don Alfonso para la acción de reclamación de la filiación que formula, de acuerdo con el artículo 131 del Código Civil, en relación con el 132 del mismo texto legal».

El segundo motivo se formula al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, en el primer apartado, de los artículos 131 y 133 del Código Civil; y por infracción, en el segundo apartado, de los artículos 1214 y 1814 del Código Civil, en relación con los artículos 127.1 y 1233 del mismo Código. Entiende la recurrente que no existía posesión de estado de filiación y que se han infringido las reglas generales de la carga de la prueba. En relación a la primera cuestión hay que advertir que ha sido resuelta al desestimar el motivo primero, pues la sentencia impugnada, en la soberanía que le compete en la apreciación de la prueba, concreta actos voluntarios directos que acreditan la convivencia del padre en la época de la concepción, las declaraciones de los testigos, incluido el tocólogo de la recurrente, y la prueba documental de análisis enviado al Hospital Gregorio Marañón donde figura el nombre de la menor con el apellido Alfonso. Y no se invoca precepto procesal alguno de prueba infringido que permita en este recurso estimar como absurda irracional o ilógica la apreciación de la sentencia recurrida.

El tercer motivo se formula al amparo del artículo 1692.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir, según la recurrente, la actuación del órgano jurisdiccional en incompetencia. Así lo estima, al revocar la sentencia de instancia y otorgar al demandante un régimen de visitas en relación con la menor, pues de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, artículo 1.2, el conocimiento de las demandas que se formulen al amparo de los títulos IV y VII del Código Civil está atribuido a los Juzgados de Familia, careciendo los de Primera Instancia de competencia para resolver sobre las relaciones paterno filiales.

No puede invocarse un Real Decreto como norma infringida sin más, a efectos de interposición de recurso de casación. Además, en el motivo se plantea una cuestión nueva, no tratada ni impugnada por la recurrente en la contestación a la demanda. Y no puede admitirse una declaración de incompetencia derivada de reparto, cuando se pretende que no puede encuadrarse a los Juzgados de Familia dentro de los Juzgados de Primera Instancia, en virtud de la especialización atribuida, pues esta especialización no ha alterado su naturaleza; y es de todo punto razonable la acumulación de pretensiones que se ha hecho en la demanda y que la sentencia impugnada ha resuelto.

FILIACIÓN

Acreditada la oposición del padre en el procedimiento de reclamación de paternidad procede excluirle de la patria potestad de acuerdo con lo establecido en el artículo 111.1.2.º del CC, norma imperativa para el juzgador aun cuando no lo haya solicitado la parte actora.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María Luisa interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial contra don Simón, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: «dicte sentencia por la que se declare que el niño Juan Carlos es hijo, no matrimonial, del demandado, al que se deberá condenar a velar y alimentar al menor, con expresa imposición de costas».

⊙ Compareció el demandado con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando «que admita la excepción planteada de falta de jurisdicción por ser competentes los Tribunales de León y en su día se dicte sentencia por la que se desestime la demanda de reclamación de paternidad y se absuelva a mi representado con imposición de las costas al demandante».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Zaragoza dictó Sentencia el 11 de diciembre de 1997 estimando la demanda y declarando que el niño Juan Carlos, nacido el 4 de agosto de 1992, es hijo no matrimonial del demandado, quedando excluido éste de la patria potestad y demás funciones tuitivas, con pérdida de los derechos que le confiere la Ley respecto del hijo referido o sus descendientes, o de sus herencias, y debo condenar y condeno al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones, a que vele por el hijo expresado y a que le preste alimentos en la forma y cuantía que se determine en ejecución de sentencia, quedando al arbitrio del hijo, o de su representante legal, que aquél lleve el apellido del progenitor demandado, al que se impone el pago de las costas causadas.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Zaragoza dictó Sentencia el 3 de junio de 1998 estimando el recurso interpuesto por don Simón y revocando parcialmente la misma en el sentido de estimar la pretensión del demandado referida a su exclusión de la patria potestad sobre el hijo habido con la actora, reintegrando al demandado en la titularidad de la misma que deberá compartir con la actora.

⊙ Doña María Luisa interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del juzgado de instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dispone el artículo 111 del Código Civil que «Quedará excluida de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: Segundo. Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del proge-

nitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad. Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos».

En principio, cuando está determinada legalmente la filiación paterna y materna, el hijo tiene como primer apellido el primero del padre y como segundo el primero de los apellidos de la madre. Ahora bien, esa regla tiene una excepción cuando la filiación paterna ha sido judicialmente determinada contra la oposición del progenitor, es este caso, como el de la sentencia penal firme en que el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita el mismo o su representante legal. (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 1996.)

Excluir de la patria potestad a quien no la ejerció por no ser padre declarado del menor, no equivale a privarle de la patria potestad, concepto que comporta haberla ejercitado incurriendo en causa suficiente. La exclusión del ejercicio de la patria potestad se impone por ministerio de la ley no por sentencia y se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1999).

De lo expuesto se deduce la necesidad de estimar el motivo del recurso con asunción de la instancia por la Sala; y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, que, en defensa de la legalidad, manifiesta que afirmada como existente la oposición del demandado, cuya paternidad ha sido declarada en este proceso, por tanto, declarado probado el presupuesto de hecho de la norma contenida en el artículo 111.1.2 del Código Civil, la exclusión de la patria potestad constituía un imperativo para el juzgador, incluso aun cuando no hubiera sido formalmente solicitada por la parte actora, circunstancia que no ha ocurrido en este caso y la no aplicación del mismo supone la infracción de norma jurídica determinante de la nulidad del fallo en el extremo indicado.

FILIACIÓN

Desestimación de la acción de reclamación de paternidad al ser inconsistente la prueba testifical, única prueba aportada que justifica además la negativa al sometimiento a la prueba biológica.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ D. José Manuel formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Pablo en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «Se dicte en su día sentencia en la que se declare que el demandante es hijo de don Pablo y que se condene en costas a quién se oponga a estas justas pretensiones».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada, se personó en autos y solicitó: «En definitiva dictar sentencia desestimando la demanda, bien estimando la excepción opuesta, bien entrando en el fondo del asunto, imponiendo al demandante las costas de este procedimiento».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Santander dictó Sentencia el 12 de noviembre de 1996 estimando íntegramente la demanda y declarando la filiación extramatrimonial de don José Manuel respecto

de don Pablo, y en consecuencia la paternidad de éste respecto del actor, condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración así como al pago de las costas causadas.

⊙ En grado de apelación la Sec. 2.ª de la AP de Cantabria dictó Sentencia el 26 de marzo de 1999 estimando el recurso interpuesto por doña Julia y doña Flora –que sustituyeron a don Pablo– y revocando la sentencia de instancia, absolvió al demandado de la pretensión en su contra deducida, todo ello con imposición al actora de las costas de la instancia y sin especial pronunciamiento de las de esta alzada.

⊙ Don José Manuel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso se basa en la infracción de la ley y de la doctrina legal concordante, alegando que la valoración de la prueba testifical ha sido fundamental en este pleito, el Juez de Primera Instancia la considera clara y rotunda a favor de la probanza de la paternidad reclamada, valora positivamente las pequeñas variaciones en las declaraciones que evidencian que los testigos son sinceros, (dos de las testigos que ya habían reconocido los hechos ante Notario, no pudieron acudir al Juzgado, ya que a esas edades frecuentemente están las personas enfermas o bajo el cuidado de sus hijos en poblaciones distantes) no obstante resalta la importancia de la prueba testifical practicada y más en un pueblo pequeño donde todo el mundo se conoce. La Audiencia considera exactamente lo contrario y no valora en absoluto la prueba testifical, estimando que como carece de todo valor, no es suficiente para otorgar la paternidad al haberse negado a someterse a la prueba de ADN. Por otra parte está la transcendencia dada a la negativa a someterse a la prueba de paternidad, apreciada en primera instancia, no lo es en la misma media en la segunda instancia, estimamos que en disconformidad con la ya muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia. La negativa a someterse a la prueba de paternidad no comporta *ficta confessio* y sí indicio de inestimable valor, fraude de ley y ejercicio antisocial del derecho, como se declara en SSTS de 3, 5 y 7 de diciembre de 1988 y 5 de febrero y 5 de octubre de 1992, y, terminó suplicando a la Sala: «Admitir dicho recurso a trámite y en su día dictar sentencia dando lugar al mismo, casando y anulando la referida sentencia, dictando otra nueva en la que se confirme la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 7 de Santander, Autos 7/96 en el sentido de estimar la demanda formulada por don José Manuel contra don Pablo, ya fallecido y representados en la actualidad sus intereses por sus herederos, condenando en costas a la contraparte en todas las instancias de este procedimiento».

La apreciación de la prueba testifical conforme a las reglas de la sana crítica se integra en la facultad del Juzgador de instancia, y no es susceptible de control en sede casacional; asimismo, en lo concerniente a la relevancia que haya de darse a la negativa a la práctica de la prueba biológica, la doctrina jurisprudencial que se cita en el motivo no fue conculcada por la sentencia recurrida, pues de ella no se deduce la radical consecuencia de imponer la paternidad discutida, y tampoco la valoración efectuada en dicha resolución de la conducta negativa del demandado, en conjunción con el resultado de las pruebas practicadas, es absurda o ilógica, habida cuenta de que se reclama la paternidad transcurridos casi 54 años del nacimiento del actor, sin datos documentales sobre la existencia de relaciones sentimentales al tiempo de la concepción y sin otro apoyo que determinados testimonios que la Sala, tras apreciar, con razonable criterio, su escasa o nula credibilidad y fiabilidad, no les dio el valor de indicios suficientes para integrarlos en el dato de la negativa a la prueba biológica, tesis que se corresponde con la línea jurisprudencial sobre esta materia.

FILIACIÓN

La prueba científica de investigación de la paternidad es un medio de prueba legítimo, sin que los derechos constitucionales a la intimidad e integridad física se conviertan en blindados para permitir la consagración de impunidad con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María Dolores interpuso demanda de menor cuantía contra don Álvaro en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicó: «En su día previos los trámites propios de esta clase de procedimientos y el recibimiento del juicio a prueba que desde ahora solicito, dictar una sentencia por la que se declare que el demandado es padre del menor Adolfo, y se le condene a estar y pasar por tal declaración y a asumir las obligaciones inherentes a la declaración de paternidad, y, una vez firme la sentencia, se proceda a la modificación de la inscripción de nacimiento del menor en el Registro Civil, que deberá constar como Adolfo, hijo de demandado y demandante, con imposición de costas al demandado, si se opusiese a la demanda».

⊙ El demandado don Álvaro se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso y suplicó: «Por contestada en tiempo y forma hábiles la demanda rectora de los presentes autos; la que previos los trámites legales de rigor sea en definitiva íntegramente desestimada, con expresa imposición de costas a la actora, por ser de justicia».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Villalba dictó Sentencia el 5 de junio de 1998 desestimando íntegramente la demanda

⊙ En grado de apelación, la AP de Lugo dictó Sentencia el 21 de junio de 1999 estimando el recurso interpuesto por doña M.ª Dolores declaró que el demandado don Álvaro es padre del menor Adolfo, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración y a asumir las obligaciones inherentes a la declaración de paternidad y, una vez firme la sentencia, se proceda a la modificación de la inscripción de nacimiento del menor en el Registro Civil, debiendo constar el niño como Adolfo, hijo del demandado y demandante. Imponiendo al demandado el abono de las costas de la primera instancia y sin que haya lugar a efectuar especial pronunciamiento en lo relativo a las de esta alzada.

⊙ Don Álvaro interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la demandada contra la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial se articula por un motivo en base a la infracción de los artículos 135 y 1253 del CC.

El Ministerio Fiscal emitió el siguiente informe: El motivo no puede prosperar, puesto que la valoración de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas judicialmente acordadas, cobra toda su virtualidad en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados en el proceso, que constituyen base adecuada y suficiente para que el Tribunal se articule un nexo causal preciso para llegar a la conclusión final sobre la paternidad reclamada. No se vulnera por tanto el artículo 1253 del Código Civil relativo a las presunciones, porque la apreciación del enlace preciso y directo entre el hecho básico y el deducido corresponde al Tribunal de instancia, cuyo juicio debe acatarse en tanto no sea ilógico o arbitrario, lo que no ocurre en este caso cuando la negativa a las pruebas biológicas no actúa por sí sola para la afirmación de la paternidad, y cuando esa negativa se conjuga con otras pruebas, como en este caso sucede, permite llegar a declarar la paternidad interesada. La doctrina de esta Excma. Sala ha cuidado de establecer el significado y alcance que debe darse a la negativa a la práctica de las pruebas biológicas, que es esencial al proporcionar un dato fiable en la determinación de la paternidad. Considera que ese comportamiento obstruccionista es una conducta en fraude de ley encaminada a impedir la debida aplicación de las normas de la filiación y constituye además un ejercicio antisocial del derecho con daño a terceros. Por eso, la negativa unida al resto de las pruebas revela un indicio valioso conducente al reconocimiento de una presunción *seu iudices* que lleva a la apreciación de la certeza de la paternidad pretendida (Sentencias de 11 de mayo de 1988, 14 de julio de 1988, 15 de marzo de 1989, 20 de julio de 1990, 14 de mayo de 1991, 17 de marzo y 18 de mayo de 1992, 30 de octubre de 1993, 27 de mayo de 1994, 21 de octubre de 1994, 16 de junio y 28 de julio de 1995, entre otras). La sentencia que se impugna en este recurso no se aparta de esa doctrina, que además ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional (Autos 221/1990, de 31 de mayo, 27/1992, de 27 de enero). No es cierto, como pretende el recurrente, que se atribuya a la negativa a las pruebas biológicas como *ficta confessio*, porque la sentencia pondera esa negativa del demandado en conjunción con las demás pruebas, lo que le permite tener una base suficiente para establecer el nexo causal necesario para llegar a la conclusión de la filiación objeto de la pretensión deducida. Es preciso también recordar, como ha reiterado la doctrina, que en los supuestos de filiación hay un interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección según el artículo 39.2 de la Constitución, de tal manera que trasciende a un derecho estrictamente individual. También podemos agregar que en estas pretensiones está en juego también el derecho a la identidad personal, en íntima relación con la dignidad de la persona y que, según el artículo 10.1 de la Constitución, es el fundamento del orden político y de la paz social. Pero además, tratándose de menores, como en este caso, el derecho a la identidad personal se encuentra proclamado en la Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en la que se establece que el niño desde que nace tiene derecho, entre otros, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (artículo 7), y que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad y deberán prestarles asistencia y protección apropiados con miras a restablecer rápidamente su identidad (artículo 8). Un elemento determinante de la identidad del niño es su integración en las relaciones familiares y la fijación de su paternidad y maternidad. Para posibilitar la determinación de la filiación, como elemento de identidad personal del niño, la Constitución admite el derecho a la investigación de la paternidad y el Código Civil, desarrolla este mandato admitiendo toda clase de pruebas, incluso las biológicas (artículo 127). Podemos afirmar, con certeza, que la sentencia impugnada no vulnera la jurisprudencia elaborada en torno a la negativa de las pruebas biológicas, sino que acomoda el fallo a esa doctrina jurisprudencial. Por lo expuesto, el Fiscal estima que procede dictar sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Álvaro con imposición de las costas y pérdida del depósito constituido.

El único motivo del recurso denuncia como infringidos los artículos 135 y 1253 del Código Civil y en su desarrollo lo que se lleva a cabo es crítica casacional interesada de la prueba que la sentencia recurrida estableció como suficientemente demostrada, al haber llevado a cabo valoración e interpretación correcta de la obrante en las actuaciones, tratándose de pruebas indirectas o indiciarias autorizadas en el artículo 135 del Código Civil y sobre todo al destacar la negativa del recurrente

a someterse a las pruebas biológicas, negativa que se mantuvo decidida desde el primer momento y así consta en el escrito de contestación a la demanda y alcanzó negativa manifestada y plena en el período probatorio pues no accedió expresamente a dicha prueba y tampoco al ser acordada como diligencia para mejor proveer, siendo de destacar la atención del Juez de Primera Instancia que en todo momento concedió oportunidad al recurrente para que, con una actuación de colaboración, pudiera quedar de manifiesto la verdad material de si efectivamente era el progenitor o no del menor don Adolfo, nacido el 26 de mayo de 1992.

La única justificación que el recurrente alegó en el pleito para rehusar a la realización de la prueba científica referida era que la misma vulneraba su «integridad física, intimidad y dignidad personal» (requerimiento judicial practicado el 15 de mayo de 1997) y este argumento no es de recibo, ya que no se acomoda a la doctrina que el Tribunal Constitucional establece en Sentencia de 17 de enero de 1994, en la que vino a declarar que la prueba científica de investigación de la paternidad es un medio de prueba legítimo, sin que los derechos constitucionales a la intimidad e integridad física se conviertan en blindados para permitir la consagración de impunidad con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares (Sentencia de 24 de octubre de 1996), y así constitucionalmente ha quedado sentado que el reconocimiento hematológico no vulnera los derechos del afectado a su integridad e intimidad, cuando el artículo 127 del Código Civil da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación, precepto que se acomoda e instrumentaliza en el mandato constitucional del artículo 39 de la Constitución. La doctrina constitucional coincide con la jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil y así la de 29 de abril de 1994, que cita la de 14 de julio de 1988, declara que no puede decirse que resulta atacada la intimidad de las personas a través de las pruebas biológicas, cuando se practican con las garantías legales y la negativa carente de justificación, conjugada con otros elementos probatorios, como ocurre en el supuesto ahora contemplado, permiten alcanzar judicialmente la declaración de paternidad pretendida.

La jurisprudencia más reciente si bien reitera que la negativa a la práctica de la prueba hematológica no debe darse el valor de *fictia confessio*, atiende a la actitud de falta de colaboración procesal del interesado en la búsqueda de la verdad material, y ha de ser valorada como indicio muy cualificado en unión del conjunto de otras pruebas practicadas que puede llevar al ánimo del Tribunal la convicción de la paternidad postulada. Se presenta cada vez mayor la tendencia a aumentar el valor probatorio de la negativa del demandado, ya que se trata de medio de prueba fiable, esencial e idónea para la determinación del hecho de la generación discutida en el pleito, pues en estos casos, de hallarse la fuente de prueba en poder de una de las partes litigantes, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 de la Constitución) conlleva a que dicha parte deba contribuir a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda, con los medios más precisos, descubrir la verdad, pues, en otro caso, se premiaría al litigante renuente y sobre todo opositor sin causa para colocar a la parte actora en situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución (Sentencia de 27 de noviembre de 2001, que cita las de 20 de julio de 1990, 21 de octubre de 1994, 24 de junio de 1996, 31 de julio de 1996, 17 de noviembre de 1997, 3 de octubre de 1998 y 28 de marzo de 2000).

No es de recibo casacional la alegación que se hace en el motivo, de que estaba justificada la negativa a la prueba biológica, toda vez que se daba falta de pruebas –los otros hechos que refiere el artículo 135 del Código Civil– cuando precisamente el *factum* se integró con los que el Tribunal de Instancia decretó suficientemente acreditados y si efectivamente no se demostró que entre los litigantes hubieran mediado relaciones de noviazgo, entendidas en el sentido tradicional, ha de tenerse en cuenta que ello no hace inevitable necesariamente que no hubieran mantenido relaciones sexuales, al predominar en estos tiempos las relaciones entre los jóvenes como de amigos sin proyección alguna hacia una futura unión matrimonial y así son frecuentes, por ser hecho notorio, que dichas relaciones en muchos casos no sean constantes y tengan lugar al margen de toda relación permanencial o cohabitación estabilizada.

El artículo 135 no ha sido infringido, conforme a lo que se deja expuesto, como tampoco el 1253, al concurrir entre los hechos y la negativa a la prueba biológica el necesario enlace preciso para deducir la paternidad reclamada y con referencia concreta a las relaciones, aunque fueran esporádicas, que mantuvo la pareja en el período de tiempo inmediato a la concepción del hijo cuya paternidad atribuye al recurrente.

FILIACIÓN

Estimación de la acción de reclamación de paternidad no matrimonial en base a la valoración conjunta de la prueba en relación con la negativa al sometimiento a la prueba biológica, siendo de destacar la existencia de diversos documentos que llevan a declarar la posesión de estado.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Ana María interpuso demanda de menor cuantía contra don Jesús María y a don Pedro Jesús y a doña Sandra, en la que, tras exponer hechos y fundamentaciones jurídicas, suplicó: «Tener por promovido juicio declarativo ordinario de Menor Cuantía por doña Ana María, se sirva admitirlo y seguido que sea el procedimiento por todos sus trámites, dando traslado de la citada demanda sobre filiación al Ministerio Fiscal y a don Jesús María y a don Pedro Jesús y a doña Sandra para que comparezcan y contesten, en su día en definitiva dicte Sentencia por la que se declare que doña Ana María, nacida el día 18 de junio de 1970 en la casa provincial de maternidad de Santander y cuyo nacimiento se inscribió en el Registro Civil de Santander es hija no matrimonial de don Jesús María, condenando a los demandados y al Ministerio Fiscal a estar y pasar por tal declaración y ordenando en su consecuencia la rectificación del asiento correspondiente a la citada inscripción del nacimiento, para hacer figurar en la misma como padre de la inscrita a don Jesús María y como apellidos de dicha inscrita los de M. J., o bien se ordene la cancelación de la inscripción que en su día se efectuó de dicho nacimiento y que se extienda otra en la que se hagan figurar los datos que resulten de la declaración judicial que se interesa del que doña Ana María nacida el día 18 de junio de 1970, es hija no matrimonial de don Jesús María, imponiéndose a este último las costas de este procedimiento, si se opone a esta justa pretensión».

⊙ El demandado don Jesús María se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso, por lo que suplicó: «Que seguido el proceso por todos sus trámites, dicte sentencia desestimando la demanda formulada por doña Ana María, absolviendo de la misma al demandado, con imposición de costas a la demandante». Por providencia de 17 de enero de 1996 fueron declarados rebeldes procesales los demandados don Millán y doña Sandra.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Medio Cudeyo dictó Sentencia el 16 de septiembre de 1997 estimando la demanda y declarando: 1º la paternidad no matrimonial del demandado don Jesús María respecto de la hija habida con doña Marcelina, llamada doña Ana María, nacida el 18 de junio de 1970, inscrita en el Registro Civil de Santander, sec. 1.ª, libro NÚM000, folio NÚM001 vuelto. 2.º que se rectifique el asiento correspondiente a la citada inscripción de nacimiento haciendo figurar en la misma como padre de la inscrita a don Jesús María, sin que haya lugar al cambio de apellidos por subsistir la adopción en su día aprobada con todos los efectos que le son propios. 3.º condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones, imponiendo al Sr. Jesús María el pago de todas las costas causadas en este proceso por la manifiesta temeridad en su oposición».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Cantabria dictó sentencia el 2 de junio de 1998 desestimando el recurso interpuesto por don Jesús María.

⊙ Don Jesús María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

A través de los distintos motivos del recurso, se va analizando las cuestiones típicas que suelen presentarse en este tipo de procedimientos:

1. Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la negativa a someterse a las pruebas biológicas.

Denuncia el primer motivo infracción de la jurisprudencia sobre los efectos de la prueba biológica cuando no se lleva a cabo, debiendo decirse pronto que el Tribunal de Instancia declaró demostrado que dicha prueba no se practicó, no obstante haber sido citado el recurrente por dos veces para que concurriera a la extracción de muestras de sangre y no obstante no atendió al requerimiento judicial, no dándose causa justificativa alguna relevante y sobre todo decisiva y acreditada que impidiera de modo concluyente la realización de dicha prueba, por lo que la actitud del que recurre se presenta como una decisión voluntaria sólo a él imputable.

En relación con este motivo, el Ministerio Fiscal informó que: Cita el recurrente como infringida la jurisprudencia de esa Sala sobre la negativa a someterse a las pruebas biológicas, y alega los impedimentos que concurrían en su persona para someterse a dicha prueba, y su precario estado de salud, y que no consta en los autos que el demandado se haya negado a dicha prueba. Pero estos argumentos no son nuevos, ya los alegó en la apelación, y la Audiencia los contesta en su Fundamento de Derecho cuarto, al que para no repetir nos remitimos, y la Audiencia, con opinión que comparte el Fiscal y que además es un hecho probado, considera que la actitud del demandado ha sido la de abstenerse voluntariamente de comparecer y el Tribunal Constitucional en Sentencia de 1 de enero de 1994 y el TS en Sentencias de 34 de diciembre de 1991 y 27 de enero de 1993, entre otras, han establecido que la negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas, no constituye una *ficta confessio* pero si un indicio poderoso de la filiación, por lo que la Audiencia ha aplicado correctamente la doctrina de la Sala Primera y del Tribunal Constitucional y el motivo debe ser desestimado.

Ante tal *factum* el motivo y los submotivos que lo integran no pueden ser acogidos, ya que lo que se intenta es acreditar que no concurrió negativa voluntaria y sí impuesta que imposibilitaba prestara su concurso para la realización de la prueba hematológica, dejando de lado lo que se sentó probado, es decir que la negativa se sustenta en sinrazones (Sentencia de 15 de junio de 1993).

En supuestos como el presente, de negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas, efectivamente no constituyen *ficta confessio*, pero sí revela indicio importante, que no ha de dejarse de lado, cuando prima el derecho de los hijos para obtener tutela judicial efectiva en cuanto a que se aclare o declare su filiación biológica tanto paterna como materna. El referido indicio tiene en sí mismo valor cualificado, es decir se trata de indicio externo a tener en cuenta en conjunción con las demás pruebas practicadas que permiten alcanzar la decisión estimatoria de la filiación reclamada (Sentencia de 26 de julio de 2001, que cita las de 3 de diciembre de 1991, 3 de octubre de 1993, 2 de febrero de 1992, 8 de mayo de 1995, 22 de marzo de 1996, 24 de junio de 1996, 8 y 11 de mayo de 1999, 20 de junio de 1999, 25 de julio de 2000 y 20 de junio de 2000). En forma alguna la referida prueba biológica supone ataque alguno a la intimidad de las personas y no afecta a su integridad física ni moral (Sentencias de 24 de abril, 18 y 27 de mayo de 1994, 8 de marzo de 1995, 28 de mayo de 1999 y 24 de enero de 2001 y del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994), ya que incluso presenta aspecto positivo desde el momento que de una forma casi definitiva permite despejar las dudas sobre la paternidad reclamada (Sentencia de 21 de octubre de 1994).

2. Infracción de la doctrina jurisprudencial que se aporta.

Este motivo se apoya en infracción de la doctrina jurisprudencial para llevar a cabo crítica casacional de la valoración de los tres documentos privados que refiere, llevada a cabo por el Tribunal de Instancia, al reputarla que se trata de una valoración arbitraria e inadecuada, lo que no se admite pues la apreciación probatoria de la documental de referencia se presenta suficientemente razonada y dotada de carga lógica adecuada.

Según el Ministerio Fiscal: «El recurrente con cita de sentencias de esa Sala Primera, dice que es doctrina jurisprudencial que la valoración de los documentos por los Tribunales de Instancia, no puede resultar ilógica, inadecuada, arbitraria o contraria a la norma. Este argumento ya lo expuso también en el recurso de apelación y la Audiencia destina el fundamento jurídico al análisis de esos documentos, y motiva la valoración que hace de los mismos, y no se puede decir en modo alguno que esa motivación y valoración sea ilógica o arbitraria, sino razonada debidamente, lo que ocurre es que el recurrente quiere sustituir la valoración de la Sala, por la suya propia, lo que no es posible, y no se puede convertir el recurso de casación en una tercera instancia, por lo que el motivo debe ser desestimado».

Señala el Tribunal Supremo que lo que pretende el recurrente es imponer su propia interpretación probatoria, que merece el rechazo más frontal, pues el recurso de casación no es una tercera instancia y no entra dentro del principio dispositivo de las partes llevar a cabo en casación valoraciones probatorias propias e interesadas (Sentencia de 18 de febrero de 1992), y sobre todo al presentarse como decidido ataque al *factum*, que accede firme y fijado en este recurso, sin denunciar error de derecho, en la apreciación de la prueba que permitía su revisión casacional, con la obligada cita de precepto que, conteniendo alguna norma valorativa de prueba, se considere ha sido infringida (Sentencias de 8 de febrero de 1996, 10 de noviembre de 1997, 25 de marzo de 2000 y 25 de mayo de 2001, entre otras muy numerosas).

3. Infracción del artículo 1227 del Código Civil.

Este motivo denuncia como infringido el artículo 1227 del Código Civil y su desarrollo lo es para poner de manifiesto que la factura del dentista que se acompañó a la demanda y lleva fecha 12 de julio de 1969, resultó huérfana de toda prueba en cuanto a la demostración de la realidad de la fecha que aparece en dicho documento.

Respecto al mismo indicó el Ministerio Fiscal lo siguiente: «Vuelve el recurrente a referirse a la prueba documental, pero como dice la Audiencia los documentos mencionados fueron presentados por la parte demandante, la fecha de la factura del dentista es de julio de 1969 y la felicitación de cumpleaños al referirse al cumplimiento de 27 años por parte de la madre de la actora, nos remite al 23 de junio de 1969. Esta nota es mostrada al Sr. Jesús María en confesión judicial el 16 de julio de 1996, practicada en su domicilio, por su estado de salud, manifestando no recordarla, sin negar su autenticidad, cuando no existía ningún impedimento para haberse manifestado en este sentido. Y luego la Sala analiza el documento de 19 de mayo, en el que don Jesús María solicita el alta de Electra Viesgo para el piso de Moquez, siendo aquél en el que ha habitado la actora desde su nacimiento y estos documentos acreditan primero que don Jesús María y doña Marcelina se conocían, desde entonces, manteniendo una relación de afectividad, y segundo, prueban las fechas y la idoneidad de circunstancias para la cohabitación de ambos, en la fecha de la concepción de la actora».

El motivo no puede ser acogido porque el documento que refiere no ha sido el único ni determinante para decretar la estimación de la demanda, sino que se integró en la apreciación conjunta de las pruebas. No ha de dejarse de lado que la fecha a que hace referencia el artículo 1227 sólo podía acreditarse en perjuicio de tercero a través de los tres cauces que el precepto establece (Sentencias de 31 de diciembre de 1996 y 24 de octubre de 1997), pero no resulta impeditivo que su contenido pueda ser objeto de apreciación probatoria por los juzgadores de instancia y la libertad en este sentido abarca no sólo apreciar judicialmente la fecha del documento y sí su contenido, es decir si su contenido resulta verdadero y cierto.

4. Infracción del artículo 593 de la Ley Procesal Civil.

Con aportación de haberse infringido por aplicación indebida del artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo cuarto sostiene que el Tribunal de Instancia aplicó la *ficta confessio*, respecto a la posición séptima de la prueba de confesión que prestó el recurrente en su propio domicilio y en la que se le preguntó si la nota que se le exhibió (escrita a mano y dice «A mi amor con cariño el día de su cumpleaños. P)», la había redactado de su puño y letra y había entregado a la madre de la demandante, a lo que literalmente contestó «No lo recuerdo. No recuerda haber escrito la nota que le ha sido leída».

Señaló al respecto el Ministerio Fiscal en su informe que: «El recurso de casación por infracción de Ley, exige que se aleguen como infringidas normas de derecho sustantivo material o privado reguladoras de derechos subjetivos de los particulares, no normas procesales. El recurrente se refiere aquí a la norma del artículo 593 de la LEC, la llamada *fictio confessio*, es decir, una norma procesal, y además no ha sido vulnerada, pues la felicitación de cumpleaños que se le planteó al recurrente el 16 de julio de 1996, en su domicilio, por su estado de salud, manifestando no recordarla, sin negar su autenticidad, cuando no existía impedimento alguno para negarlo, significa que la Audiencia ha valorado correctamente el artículo 593 de la LEC de 1881, por lo que por todas las razones expuestas el motivo debe ser desestimado».

El Tribunal de Instancia no lo tuvo por confeso, por no darse de modo efectivo los presupuestos que contempla el artículo procesal 593 y se limitó a su interpretación al establecer que no había negado de modo expreso su autenticidad, cuando no existía ningún impedimento para haberse manifestado en este sentido. No se trataba de prueba única y exclusivamente decisiva, sino incorporada al conjunto probatorio que correctamente valoró la Sala, razones que llevan a rechazar el motivo.

5. Infracción de doctrina jurisprudencial.

La sentencia recurrida decretó la concurrencia de posesión de estado con apoyo en las bases probatorias que establece y decide que «en el procedimiento el estado de hecho y la intención que lo anima aparece con toda claridad».

Dedica el recurrente el motivo quinto con apoyo a la jurisprudencia que aporta, a combatir

y a valorar una vez más por su cuenta la prueba documental que el Tribunal tuvo en cuenta, lo que ya por sí determina el rechazo de la impugnación, pero, a mayores razones, ha de tenerse en cuenta que la posesión de estado no requiere que los actos que la expresen sean practicados absolutamente con plena publicidad, ya que lo que importa es que se den acreditados, como aquí ocurre, actos directos del padre –por extensión también caben los de su familia– demostrativos de una verdadera relación de padre a hija y de un reconocimiento voluntario libre y espontáneo (Sentencia de 23 de septiembre de 1996, que cita las de 20 de mayo de 1991 y 14 de noviembre de 1992).

6. Aplicación indebida del artículo 135 del Código Civil.

El último motivo denuncia aplicación indebida del artículo 135 del Código Civil y es cierto que no ha habido pruebas directas –difíciles y siempre escasas en esta clase de pleitos–, como tampoco la biológica por falta de cooperación acreditada del recurrente, pero el Tribunal de Instancia alcanzó el fallo estimatorio de la demanda y estableció el hecho probado básico de la convivencia del recurrente con la madre de la actora al tiempo de la concepción de ésta y posesión de estado filial para lo que tuvo en cuenta el conjunto de pruebas obrantes en el pleito.

Según indica el Ministerio Fiscal en su informe: «El artículo 135 del Código Civil, era una norma procesal y por eso fue derogado por la LEC de 7 de enero de 2000, que habrá que considerarse sustituido por el artículo 769, párrafo tercero, de la misma. En el fondo lo que el recurrente discute es la valoración de la prueba realizada por la Audiencia, lo que no es posible en un recurso de casación por lo que el motivo debe ser desestimado».

El motivo ataca frontalmente los hechos probados y hay que tener en cuenta que el artículo 135 del Código Civil –que ha sido derogado por la Disposición Derogatoria Única 2.1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000–, autoriza junto a las pruebas directas de la generación o parto las pruebas indirectas presuntivas, (Sentencias de 10 de julio de 1994 y 3 de septiembre de 1996), que son las que en este caso y en forma de pruebas plurales conexionadas ha tenido en cuenta la Sala de Apelación, pues el referido precepto, completado por el 127, pone a disposición del juzgador plena libertad de medios probatorios, tendentes a dar cumplimiento al artículo 39 de la Constitución, pero, como dice la Sentencia de 18 de febrero de 1992, cuando el litigante que recurre propone limitar, indicar o reconducir el proceso apreciativo del material probatorio, tratando de imponer su criterio, va un largo camino con un recorrido inútil.

En la sentencia recurrida se lleva a cabo una correcta valoración probatoria y llega a la conclusión de que el recurrente es el padre biológico de la actora del pleito, y esta conclusión decisoria está revestida de todos aquellos elementos formales y materiales que la hacen suficiente para ser mantenida en este recurso, y al no prosperar determina que se impongan sus costas al recurrente, conforme al artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con pérdida del depósito constituido.

FILIACIÓN

Estimación de la demanda de reclamación de paternidad y transmisión de la deuda alimenticia generada desde la presentación de la demanda hasta el fallecimiento del padre a los herederos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

ANÁLISIS DEL CASO

Don Carlos José y doña Rita interpusieron demanda de declaración de filiación contra don David y, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «1) Declarar la paternidad del demandado respecto a sus hijos Carlos José e Rita. 2) Inscripción en el Registro Civil de la anterior declaración. 3) Para el caso de que la filiación se determine con la oposición del demandado, declarar todas las exclusiones

señaladas en el artículo 111 del CC. 4) Condenar al demandado a prestar alimentos a su hija Rita en la cuantía de cincuenta mil pesetas (50.000 pesetas) mensuales que se adecuarán anualmente, conforme a las variaciones del IPC. 5) Condenar al demandado al pago de las costas.

⊙ Comparecido el demandado, su representación procesal contestó a la demanda suplicando su desestimación. Compareció también el Ministerio Fiscal oponiéndose a la demanda, salvo que se probaran los hechos en que se basa.

⊙ El Procurador de la parte demandada presentó escrito ante el Juzgado informando del fallecimiento del demandado, y la parte actora presentó escrito suplicando que, «ante el fallecimiento del demandado, acuerde el Juzgado la citación de los herederos o causahabientes del finado a los fines del procedimiento».

⊙ Doña Sofía y don Inocencio y doña Beatriz y doña Estela presentaron escrito ante el Juzgado personándose como herederos de don David.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia nº 2 de Lucena dictó Sentencia el 2 de enero de 1998 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Córdoba dictó Sentencia el 28 de diciembre de 1999 estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Carlos José e Rita y, con revocación de ésta, declaró la paternidad de don David respecto de don Carlos José y doña Rita, así como la inscripción de la misma en el Registro Civil, la exclusión de los derechos de patria potestad y tuitivos sobre éstos, sus hijos y sus herencias, condenando como condenamos a los demandados a satisfacer a doña Rita alimentos en cuantía de cincuenta mil pesetas mensuales más los incrementos del IPC anuales pertinentes desde el 19 de octubre de 1995 al 19 de julio de 1996, y los auxilios necesarios para la subsistencia de ésta desde esa última fecha en adelante, cantidades ambas a determinar en ejecución de sentencia, todo ello sin expreso pronunciamiento en costas.

⊙ Doña Sofía y don Inocencio y de doña Beatriz y doña Estela interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El inicial motivo alega inaplicación del artículo 150 del Código Civil y entiende que la obligación de prestar alimentos a los hijos reconocidos en la sentencia recurrida, había cesado al ocurrir el fallecimiento del Sr. David.

El motivo perece inexcusablemente, porque la sentencia *a quo* se ha limitado a señalar como período de la prestación de alimentos el comprendido entre el 19 de octubre de 1995, fecha de la demanda y el 19 de julio de 1996, fecha de fallecimiento del demandado y obligado al pago de alimentos en su condición de padre biológico de los actores. Se trata de un periodo ya devengado y no satisfecho. Se confunde el motivo, pues no se transmite a los herederos del demandado la obligación de pagar alimentos, sino pagar una deuda concretada en tiempo y cantidad en su condición de heredero del obligado.

El motivo segundo estima vulnerado por su inaplicación el artículo 144,3.º del Código Civil. Se sostiene en el motivo, que en la demanda se acumularon dos acciones, la reclamación de filiación y la prestación de alimentos, lo cual es permitido, pero entiende la parte recurrente que no permite ejercitar la pretensión de alimentos frente y sólo a quien arbitrariamente se elija.

El motivo perece igualmente, porque la pretensión de los recurrentes de que debió demandarse en este punto también a doña Verónica, olvida que tal pretensión de alimentos a los demandados circunscritos a la cuantía y tiempo ya señalados en el motivo precedente, nacía de la condición de herederos del padre biológico y no de parientes obligados a tal prestación alimenticia, no puede alcanzar a la madre de doña Rita porque, ni ostenta la condición de heredera del demandado fallecido

y, porque si además convive la actora con ésta, que está contribuyendo a la prestación de alimentos de la solicitante, nada tiene que ver con esta reclamación ya declarada.

El motivo tercero estima infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación, incurriendo en incongruencia *extra petita*. En la demanda se postulaba entre otros extremos, relativos a la declaración de paternidad, una condena al demandado a abonar a su hija, Rita, cincuenta mil pesetas mensuales como alimentos, pero el fallo de la sentencia *a quo* ahora recurrida condena a los hijos y herederos del demandado (por fallecimiento de éste) a los auxilios necesarios para la existencia de ésta desde el 19 de julio de 1996, fecha del fallecimiento de su progenitor en adelante. Tal parte del fallo de la sentencia aquí impugnada no fue objeto del *petitum* de la demanda y por ello incurre en incongruencia *extra petita*. El motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, tiene que ser acogido. Han recogido las sentencias del Tribunal Constitucional 29/1987, de 6 de marzo y 142/1987, de 23 de julio, que la incongruencia *extra petita* se refiere a que no puede el Juez o Tribunal alterar o modificar los términos del debate judicial, o sea, que no puede decidir sobre cosa distinta, derivada de la modificación, alteración o sustitución del presupuesto hecho básico para la *causa petendi*, respecto a lo cual el Juez no tiene poder de disposición, como recogió la Sentencia del mismo Tribunal 125/1989, de 12 de julio. Ya dentro de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de Casación, el principio de congruencia es prohibitorio de toda resolución *extra petita* y ha de medirse por ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, no concediéndoles más de lo pedido en la demanda, ni menos de lo admitido por el demandado, ni acordar cosa distinta de lo pretendido por unas y otras partes. Supondría una infracción del principio de contradicción y una lesión esencial del derecho de defensa –Sentencias de 4 de mayo y 2 de noviembre de 1993–.

El acogimiento del motivo hace innecesario el examen de los tres últimos motivos del recurso, que versan sobre la misma cuestión y han obligado a suprimir del fallo de la sentencia *a quo* lo referente a este punto.

FILIACIÓN

Ineficacia a efectos de revocar una sentencia que declara la paternidad no matrimonial de la aportación de otra sentencia en la que se considera justificada la negativa a la práctica de la prueba biológica al no tratarse de supuestos similares.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María Inés interpuso demanda de juicio de menor cuantía en ejercicio de la acción de reconocimiento de filiación no matrimonial contra don Manuel y, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia por la que se declarara la paternidad reclamada con todas las consecuencias legales inherentes a la misma y que se acordaran los alimentos provisionales solicitados.

⊙ Comparecido el demandado, contestó a la demanda suplicando su desestimación. Compareció también el Ministerio Fiscal quien, en relación a los hechos, se remite a la prueba y su valoración en el momento procesal oportuno.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia nº 54 de Madrid dictó Sentencia el 7 de noviembre de 1997 estimando la demanda y declarando: «1) Que el menor Jesús Miguel, nacido el 25 de agosto de 1988, es hijo de don Manuel, cuya paternidad se declara en esta sentencia, con todos los derechos y obligaciones

derivados de esta declaración. 2) Que procede la rectificación de los apellidos que ahora ostenta, Jesús Miguel, que pasarán a ser Fermín. 3) Que procede la inscripción marginal de la paternidad declarada, en la inscripción de nacimiento del menor, a cuyo fin, firme esta sentencia, se librará exhorto al Registro Civil correspondiente. Con imposición de costas al demandado.»

- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 7 de mayo de 1999 desestimando el recurso interpuesto por don Manuel.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se abre el escrito de formalización del recurso de casación por un motivo, amparado en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estimando infringido el artículo 14 de la Constitución Española. El motivo se apoya en que el día 5 de julio de 1999 en una publicación aparecía con grandes titulares: «El Supremo concluye que Luis Alberto no es el padre de Félix». Luego cita la sentencia de instancia en que se recoge que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no es una *ficta confessio*.

El motivo perece inexcusablemente. En una sentencia del Tribunal Constitucional, la 7/1994, de 17 de enero, que frente a una sentencia del Tribunal Supremo que recogía que la investigación no puede imponerse a la fuerza obligatoriamente y de la insuficiencia del restante material probatorio, lo que se sostenía en la sentencia de la Audiencia, estimó el recurso de amparo y anuló la sentencia del Tribunal Supremo en base a diversos argumentos y así recogió que cuando las fuentes de prueba se concentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso conlleva a que es dicha parte quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad –ello conforma a la precedente Sentencia 227/1991–.

Los tribunales no pueden exigir a ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión. Por ello, sigue diciendo el Tribunal Constitucional, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 de la Constitución que la negativa de una persona a que se le extraiga unos centímetros cúbicos de sangre deja sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial y deje sin prueba a quien de buena fe insta un reconocimiento de un hijo no matrimonial.

Ello hace decaer inexcusablemente el motivo porque además, no ha acreditado y pesaba tal carga sobre la recurrente, la igualdad sustancial de los casos que se dicen contradictoriamente resueltos –Sentencia del Tribunal Constitucional 152/1989, de 2 de octubre–. La alegada vulneración exige un término válido y adecuado de comparación para llevar a cabo el juicio de igualdad, que no puede ser una mención genérica en quienes se encuentran en una misma situación –sentencia 90/1990, de 23 de mayo–. O sea, que ha faltado el acreditamiento, la aportación de un hábil término de comparación que acredite la igualdad de los supuestos de hecho decididos y la modificación arbitraria por el Tribunal sobre decisiones anteriores. No afirmar lo que recoge la revista, sino haber demostrado la igualdad de supuestos.

Por el mismo cauce casacional que el precedente, el motivo segundo estima infringido el artículo 18.1 de la Constitución. Parte el motivo de que, según la actora, mantuvieron las partes una relación sentimental en los años 1986 y 1987, estando el Sr. Fermín divorciado y ella soltera, pero pasados diez años, tal reclamación con vida familiar establecida, está casado, tiene hijos y goza de una situación económica estable...

El motivo decae, porque no existe ningún ataque al honor, ni a la intimidad y personal, ni a la propia imagen que la parte recurrente vincula a su *status* social y actual situación familiar. Como recoge la sentencia *a quo*, el derecho a la intimidad no se vulnera cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas, como en el caso de investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en los Autos 103/1990 y 221/1990, y porque en los supuestos de filiación prevalece el interés social y de orden público y porque entra en juego en ellos los derechos de alimentos y sucesorios. La citada Sentencia 7/1994, de 17 de enero, señala que negarse a la prueba biológica conculca el deber que impone la Constitución a todos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio

que se niega con el único objeto de eludir las responsabilidades de la misma. El artículo 18.1 de la Constitución puede imponer la investigación de la filiación y no justifica la negativa.

El motivo tercero, acogido al artículo 1692.4º LEC estima infracción del artículo 127 del CC. Tal precepto, al igual que los artículos siguientes hasta el 130 inclusive, han sido derogados por la Disposición Derogatoria Única. 2.1.º de la Ley de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil pero, con aplicación, porque cuando se formuló el motivo aún no se había producido la nueva normativa, no puede acogerse porque pretende hacer una nueva valoración de la prueba que no cabe en casación y menos por la vía utilizada en el motivo. La sentencia *a quo* recoge en su fundamento jurídico séptimo que la sentencia de primer grado, al valorar la prueba, es lógica, objetiva e imparcial. El motivo decae inexcusablemente.

El cuarto y último motivo del recurso aduce infracción del artículo 135 del CC. Estima que la interpretación que formula la Sala de instancia de este precepto ha sido muy perjudicial para el recurrente. Efectivamente, no existe reconocimiento del presunto padre, ni posesión de estado, pero existe una pluralidad probatoria que afirma las relaciones entre doña María Inés y el demandado y la prolongación en el tiempo y, si a ello, como añade la Sentencia del Juzgado, ratificada por la de la Audiencia, se une la confesión del demandado en su ambigua contestación y las declaraciones testificales unidas a la injustificada negativa a someterse a la prueba biológica, conllevan a la desestimación del motivo.

Precisamente, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia ya citada 7/1994, ha recogido que cuando un órgano jurisdiccional, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad, negada por quien no posibilitó la práctica de tal prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 *in fine* del Código Civil («o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo») y así se ha recogido por las Sentencias de 12 y 14 de noviembre de 1987 que ya acuden a las pruebas indirectas.

La doctrina de esta Sala tiene declarado que la negativa a la realización de las pruebas biológicas no es posible por sí misma una *ficta confessio* de paternidad, sino un indicio razonable en conjunción con otras pruebas de las que se infiera la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción –Sentencias de 25 de octubre de 1996 y 19 de mayo de 1997–. El motivo perece por ello.

FILIACIÓN

La declaración de paternidad en base a la negativa al sometimiento a la prueba biológica no resulta afectada por el texto del artículo 11 de la LOPJ, según el cual «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», ya que la práctica de aquélla no violenta ningún derecho fundamental.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Carla, en nombre de su hijo menor Jesús Manuel, interpuso demanda de reclamación de filiación extramatrimonial contra don Alfonso, y el Ministerio Fiscal y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declare los siguientes pedimentos: 1) Que el demandado, Alfonso, es padre del menor Jesús Manuel. 2. Se acuerde por su Señoría pensión alimenticia provisional a cargo de don Alfonso en favor del menor Jesús Manuel, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo. 2) del artículo 128

del CC, en la cuantía de 50.000 pesetas mensuales, considerándose ésta proporcionada al caudal y medios del alimentante y del alimentista. 3) Se acuerde el correspondiente cambio de apellido del menor Jesús Manuel. 4) Se prive al demandado de la patria potestad sobre el menor, así como del derecho de visitas. 5) Se acuerde por su Señoría la condena del demandado al abono de alimentos definitivos al menor, en la cuantía de cincuenta mil pesetas mensuales (50.000 pesetas/mes). 6) Se condene en costas al demandado. Compareció el demandado con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se dicte sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos: a) Desestime íntegramente el contenido de la Demanda, rechazando todos los pedimentos contenidos en el demandada. b) Se condenen a la actora al pago de cuantas costas procesales pudieran causarse en el presente procedimiento. Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Jerez de la Frontera dictó Sentencia el 6 de febrero de 1998 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª dictó Sentencia el 6 de febrero de 1998 estimando el recurso y declarando que: 1.º) El menor Jesús Manuel, al que dio a luz la demandante el 19 de agosto de 1985, es hijo de D.ª. Carla y del demandado don Alfonso. 2.º) Dicho menor figurará inscrito en el Registro Civil de Jerez de la Frontera, con el nombre de Jesús Manuel y con los apellidos Clemente, por ser los de su padre y su madre respectivamente, procediendo en su consecuencia la modificación de la inscripción en la forma indicada. 3.º) El demandado queda excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas, sin ostentar derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, dejando de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del mismo una vez alcanzada la plena capacidad. Quedan a salvo las obligaciones que le incumben a todo progenitor de velar por los hijos y prestarles alimento. 4.º) En ejecución de sentencia se determinará la cantidad en concepto de alimentos deberá abonar mensualmente el padre a doña Carla para el hijo Jesús Manuel, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que ésta señale. 5.º) Imponemos al demandado las costas de la primera instancia, sin pronunciamiento en cuanto a las de la alzada.

⊙ Don Alfonso interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4.º Lec, acusa infracción del artículo 11.1 Ley Orgánica Poder Judicial y de la jurisprudencia recogida en las sentencias que cita. Se fundamenta, en esencia, en que el citado artículo 11.1 dice que no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos fundamentales, entre los que se encuentran el derecho a la presunción de inocencia y el de adoptar en un proceso civil o penal la postura adecuada a la defensa e intereses del justiciable (artículo 24.2 Constitución). En consecuencia, sostiene el recurrente, si decidió en plena libertad y derecho no someterse a la prueba biológica de paternidad, no es admisible *a sensu contrario* valorar en su perjuicio haber adoptado tal decisión. El motivo se desestima porque es completamente extravagante identificar la valoración de una conducta del recurrente (no someterse a las pruebas biológicas) con obtención de pruebas violentando derechos fundamentales. Es inadmisible además que pretenda el pleno respeto a su autonomía de la voluntad, en el sentido de que no puede hacerse aquella valoración de modo contrario a sus intereses, a costa de los del menor (Sentencia de 20 de noviembre de 2002 y las que cita).

El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 127 CC y la jurisprudencia que lo desarrolla en las senten-

cias que cita. La tesis que se mantiene es que del antedicho precepto no cabe inferir del no sometimiento a las pruebas biológicas la presunción de un teórico resultado contra el demandado (hoy recurrente). En contra, la Audiencia valora en su contra el mero hecho de no haberse sometido a dicha prueba, declarando que era obligación suya. El motivo, cuya esencia argumentativa se ha expuesto, se desestima. El artículo 127 se limitaba a admitir en los juicios sobre filiación la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, en modo alguno da normas de valoración de la prueba, o del no sometimiento a las biológicas, y la Audiencia no dice lo contrario, sólo que el recurrente debió someterse a ellas cuando fueron reiteradamente ordenadas judicialmente para despejar las dudas sobre su paternidad a que daban lugar las demás pruebas. Hasta cuatro veces fue requerido a tal fin. La Sentencia 7/1994, de 17 de enero, del Tribunal Constitucional dijo: «Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, por insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable de la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación».

El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 135 CC y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita. Sostiene el recurrente que no concurren en el caso litigioso ninguno de los supuestos que consigna el artículo 135, impugnando como irreales los indicios que la sentencia recurrida señala, en su valoración de las pruebas practicadas, de una posible existencia de relaciones sexuales entre actora y demandado en la época de la concepción del hijo de aquélla, que hubiera necesitado de las pruebas biológicas para aclarar todas las dudas sobre la paternidad del demandado. El motivo se desestima porque no es el artículo 135 invocado el que puede amparar un motivo en que se impugna la valoración probatoria efectuada por la sentencia recurrida. Si los hechos han sido declarados probados, hay que demostrar que la Audiencia ha cometido error de derecho en su valoración, y es inadmisible limitarse en su lugar a exponer la propia e interesada valoración del recurrente. El artículo 135 del CC es un precepto sustantivo, no valorativo de la actividad probatoria para fijar hechos.

El motivo cuarto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción de los artículos 1249 y 1253 CC y de la doctrina jurisprudencial que los desarrolla. En su fundamentación se limita esencialmente a negar que existan indicios que puedan conducir, junto a la negativa del recurrente al sometimiento a las pruebas biológicas de paternidad, a declarar la misma. El motivo se desestima, pues sigue el recurrente negando la realidad de aquellos indicios sin impugnar la valoración probatoria por error de derecho. Por lo tanto, queda incólume la afirmación de la Audiencia de que estaba obligado a someterse a las pruebas biológicas para despejar dudas, y el negarse reiteradamente (fueron cuatro veces en que se le requirió judicialmente al efecto) no puede llevar más que a la estimación de su paternidad, sin alegar para no hacerlo ninguna razón suficiente para no consentir en la extracción de una pequeña cantidad de sangre (apartados 2.º y 3.º del fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida).

FILIACIÓN

Nulidad de lo actuado en un proceso de reclamación e impugnación de paternidad al no haberse nombrado un defensor judicial a los menores, si bien, dado que ambos han alcanzado la mayoría de edad, procede darles traslado de la demanda para que manifiesten lo que estimen necesario respecto a la cuestión litigiosa e, incluso, soliciten la práctica de pruebas que también estimen oportunas.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ D. César, interpuso demanda sobre acción de declaración de paternidad e impugnación de la actualmente inscrita, contra los cónyuges don Ángel Jesús y doña María José, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: «dicte sentencia por la que declare la paternidad de los menores Valentín y María Trinidad a favor de mi representado, declarando la nulidad de sus inscripciones de nacimiento en lo que se refiere a la mención del padre, con todos los pronunciamientos legales inherentes a tal declaración, librando, una vez firme la sentencia, los despachos necesarios para que conste dicha declaración en las inscripciones de nacimiento de dichos menores, que, a partir de dicha declaración, llevarán los apellidos de L. P., imponiendo expresamente las costas a los demandados». El demandante alega que fruto de su relación sentimental con la demandada, la cual se encontraba casada y conviviendo con su marido demandado, nacieron los dos hijos referidos. El demandante sostuvo que las relaciones las mantuvo a partir del año 1979 y el nacimiento de los hijos tuvo lugar el 3 de julio de 1981 y 22 de septiembre de 1982, respectivamente. La demanda se formula en el mes de julio de 1995.

⊙ Comparecieron los demandados y contestaron a la demanda suplicando: dictar en definitiva sentencia, conforme a lo manifestado en la presente contestación y acreditado con los medios de prueba de que se valdrá esta parte en el citado período. Compareció el Ministerio Fiscal solicitando se le tenga por personado y formulada contestación a la demanda.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 17 de octubre de 1996 estimando la demanda y declarando la paternidad de los menores Valentín y María Trinidad a favor del actor don César, y la nulidad de sus inscripciones de nacimiento en lo que se refiere a la mención del padre, de manera que a partir de la firmeza de esta resolución llevaran los apellidos de L. P., librándose para ello el oportuno exhorto al Registro Civil. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 4 de julio de 1998 desestimando el recurso interpuesto por los demandados.

⊙ Don Ángel Jesús y doña María José, actuando también como representantes de sus hijos Valentín y María Trinidad interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien declaró la nulidad de las actuaciones a partir del momento procesal inmediatamente anterior al de dictar sentencia por el Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de las Palmas de Gran Canaria, en Autos 708/1996, de fecha 17 de octubre de 1996, a fin de que don Valentín y doña María Trinidad sean oídos en relación a la pretensión formulada y para que puedan instar la práctica de las pruebas que estimen pertinentes, dándose por válidas todas las actuaciones anteriores, pudiendo interesar tener por reproducidas las pruebas ya practicadas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sala, antes de examinar los motivos invocados en el presente recurso, se tiene que plantear de oficio como cuestión previa la verificación, dadas las características del litigio, de si se ha observado el conjunto de garantías inexcusables de aplicación al mismo cuya respuesta determinará si procede o no el examen de los motivos (Sentencia de esta Sala de 5 de junio de 1997).

Se ha ejercitado una acción de reclamación de paternidad respecto a dos menores (en el momento de la presentación de la demanda). La madre y el padre que figuran en el Registro Civil como tales se han opuesto en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de los dos menores de edad.

El artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2; la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de conflicto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo el Juez procederá al nombramiento de un Defensor que represente al menor en juicio y fuera de él. El nombramiento de Defensor Judicial opera siempre en situaciones concretas; siempre que en algún asunto tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado y el Defensor Judicial se nombra para el acto concreto en el que hay conflicto de intereses.

En la sentencia impugnada la oposición de la madre demandada y del padre que figura como tal en el Registro Civil tiene en cuenta, entre otras circunstancias, que su negativa a la práctica de las pruebas biológicas interesadas tendría su justificación en la protección de la vida familiar de los menores en relación a su actual convivencia.

Parece necesario advertir que el carácter de orden público del estado civil determina el mismo régimen para la reclamación de filiación no matrimonial hecha por el hijo que pretende el reconocimiento de la paternidad como la hecha por el padre que pretende el mismo reconocimiento.

En este caso son contrarios los intereses de los demandados, madre y padre inscrito, que no desean establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses de los hijos, tanto desde el punto de vista de sus personas como del orden público del estado civil.

Todo ello conduciría a la Sala de oficio y a tenor del artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a decretar la nulidad de las actuaciones para permitir la actuación en el proceso del Defensor Judicial que nombre el Tribunal de instancia. Pero esta declaración de nulidad no puede hacerse de tal forma, en la medida en que en esta fecha los hijos han alcanzado la mayoría de edad, como se indica en el anterior fundamento de derecho. Por lo que la declaración de nulidad conduce a ordenar no el nombramiento de Defensor Judicial, pero sí la necesaria audiencia de los hijos demandados mayores de edad a los efectos oportunos, en el sentido de que manifiesten lo que estimen necesario respecto a la cuestión litigiosa e, incluso, soliciten la práctica de pruebas que también estimen oportunas.

FILIACIÓN

No existe caducidad en la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial y de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial ejercitada por la hija, al faltar la posesión de estado de la filiación matrimonial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Leticia en su propio nombre y en representación de su hija menor de edad, doña Virginia, interpuso demanda de filiación contra don Juan Luis, doña Victoria, doña Carina y contra don Carlos María y doña Melisa y, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por convenientes,

terminó suplicando se dictase sentencia por la que se declarara: «1.º) Que Virginia no es hija de don Juan Luis, por lo que deberá rectificarse su inscripción de nacimiento en el Registro Civil. 2.º) Que Virginia, es hija de don Luís Antonio y de doña Leticia, y así se consignara en su inscripción de nacimiento, con derecho a utilizar como primer apellido el de Luis Antonio. 3.º) Que se le reconozca a la citada Virginia los derechos hereditarios que le concede el CC como hija de don Luís Antonio.- 4.º) Que impongan las costas a la parte demandada que se opusiere».

⊙ Comparecidas, doña Victoria y doña Carina, contestaron a la demanda oponiéndose a la misma. Los demás demandados fueron declarados en rebeldía. Compareció también el Ministerio Fiscal quien, en relación a los hechos, se remite a la prueba y su valoración en el momento procesal oportuno.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia nº 2 de San Vicente del Raspeig dictó Sentencia el 13 de febrero de 1995 estimando la demanda.

⊙ En grado de apelación la Sec. 4.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 27 de septiembre de 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Victoria y doña Carina.

⊙ Doña Victoria y doña Carina interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primero, al amparo del artículo 1692.3.º LEC aduce infracción de los artículos 699, 696 y 641, en relación con los artículos 577 y 578 conculcando el derecho constitucional de la recurrente a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, aludiéndose a las excesivas dilaciones. El segundo motivo, amparado en el artículo 1692.4.º LEC. denuncia inaplicación de los artículos 136, 137, 138 y 141 del CC al no haberse estimado la caducidad, y el tercero, con el mismo apoyo que el anterior, estima indebida aplicación de los artículos 127 y 135 del Código Civil, en relación con los artículos 1250 y 1214 del Código Civil, y 113 y 116 del mismo texto legal, en relación con los artículos 632, 340.3, 630 y 578.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por estimar la carencia de pruebas. El recurso no sólo ha sido impugnado de adverso, sino por el Ministerio Fiscal.

El inicial motivo, ya consignado, aduce el trato desigual dado a la demandada, al conceder validez a las pruebas testificales celebradas finalizado el período probatorio y otras en que no se tuvieron en cuenta las repreguntas que ni llegaron a formularse, pretendiendo la nulidad de ambas sentencias y del propio juicio, o cuando menos, las testificales, lo que conlleva a la de ambas sentencias. Hay que consignar que, si bien son ciertas tales dilaciones, agravadas en la segunda instancia, por el informe pericial acordado para mejor proveer y que el antecedente de hecho cuarto de la sentencia *a quo* justifica en el volumen de trabajo pendiente dentro del Convenio de Colaboración suscrito por la Subsecretaría de Justicia de la Generalitat Valenciana, con la Unidad Docente de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de la Universidad de Valencia, no pueden acogerse con el alcance que pretende el motivo. La recurrente no agotó los recursos que rechazan tales denuncias en primera instancia. Así, la recurrente planteó sobre la cuestión del motivo un incidente de nulidad, que fue desestimado por auto del Juzgado de 10 de noviembre de 1994 y cuya resolución quedó firme por no ser recurrida, y nada se promovió sobre ello, ni siquiera al apelar de la sentencia de primer grado. Asimismo, hay que consignar que tampoco hizo uso en la segunda instancia de la facultad de proponer prueba que hubiera servido para subsanar la ausencia de la formulación de las repreguntas. Pero, como consigna un órgano imparcial, el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso, la infracción serviría para invalidar tales testimonios, pero aun así existiría suficiente prueba testifical con suficiente entidad.

El motivo segundo, estima infracción por no haberse estimado la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, que no es ejercitada por el marido, ni por la madre en el plazo de un año desde la inscripción de la filiación, ni es ratificada por la propia interesada durante el año siguiente al 22 de marzo de 1995, fecha en que alcanzó la mayoría de edad y momento en que cesó la representación legal que ostentaba su madre. Tiene razón el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso de que no puede existir duda sobre la posibilidad de haber acumulado en este proceso las acciones de declaraciones negativas

y positivas de paternidad, rectificación de apellidos y reconocimiento de los derechos hereditarios en la herencia del Sr. Luis Antonio y ya desde la perspectiva de la caducidad de la acción y el dato de quien demanda ser la hija y que fuese menor de edad al momento de interposición de la demanda ha simplificado ciertamente la cuestión, habida cuenta de que «la paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de filiación» y añade el citado artículo 136, párrafo primero, que «si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal». Añade el último párrafo del citado precepto que «si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos». Téngase en cuenta que aquí se postulan acumuladas dos pretensiones conjuntamente: a) Que doña Virginia no es hija de don Juan Luís y b) que la misma es hija de don Luís Antonio. La primera acción negativa de filiación en una relación matrimonial, en cuanto la actora, no obstante no ser hija del cónyuge de su madre por estar aún vigente el matrimonio, pese a no serlo, fue inscrita como hija matrimonial. Otro acontece con la pretendida filiación extramatrimonial y la relevancia que haya podido tener a estos efectos el matrimonio de la madre de la menor con el verdadero generante de la hija, porque en ningún caso la acción está sujeta a plazo.

Por ello, ante la falta de posesión de estado y a tenor de lo señalado en los artículos 132.1 y 133.1 del Código Civil, no existiría caducidad de la acción. A ello no empece a la legitimación de la madre durante la minoridad de la hija, de no haber sido demandante en esta litis, pues habría tenido que ser demandada como viuda y legitimaria del presunto padre. Habida cuenta del fallecimiento de éste hubo que dirigirse la acción contra sus herederos. Todo ello desencadena inexcusablemente el perecimiento del motivo.

El tercero y último motivo, con el mismo amparo que el precedente señala que la sentencia fue dictada con una absoluta carencia de pruebas y luego aduce y pregunta por qué no se pidió la prueba biológica en primera instancia y pretende que al Sr. Juan Luis no le aplicó la doctrina de esta Sala sobre la negativa a someterse a las pruebas biológicas y se da valor pleno a un informe incompleto. El motivo, fuera de la mínima ortodoxia casacional, pues pretende hacer una nueva valoración de la prueba, olvida por una parte las pruebas documentales y si la Sala acordó tal prueba fue para confirmar y acreditar lo que indiciariamente apuntaba tales pruebas. Pero olvida el irregular motivo, el reconocimiento del Sr. Juan Luis en confesión de que la actora no era hija suya, pese a las presunciones legales de paternidad matrimonial y a la inversa los documentos referidos y presentados con el escrito inicial de demanda en que el Sr. Luis Antonio manifestaba su convicción de ser el progenitor de la actora, el testimonio de numerosos testigos obligados. Por ello resulta injusto el motivo, aludiendo a carencia de prueba. Las condiciones del caso que han quedado planteadas ya en este recurso fueron las que motivaron a la Sala *a quo* a acordar las pruebas biológicas en diligencia para mejor proveer y practicándose la prueba de la paternidad en las personas de doña Carina, doña Victoria doña Leticia y doña Melisa. Dicha prueba dio como resultado que ninguno de los marcadores genético-moleculares empleados excluye la paternidad del Sr. Luis Antonio y cuando el análisis estadístico concede más del 99%. Ello obliga al perecimiento del motivo.

FILIACIÓN

Al no haberse aportado por ninguna de las partes, como era necesario, la prueba de la existencia, contenido y vigencia de la Ley extranjera aplicable a la acción de reclamación de paternidad dada la nacionalidad norteamericana de las partes y del hijo, procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Filomena, actuando en calidad de representante legal del menor Roberto, promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre declaración de filiación no matrimonial y

reclamación de alimentos contra don Blas, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «Que en su día se dictara sentencia, por la que se declarara: 1.º) Que el demandado don Blas, es el padre del menor Roberto; 2.º) Que se inscriba en el Registro Civil de Rota, donde consta inscrito el nacimiento del menor, su filiación paterna, haciéndose constar como padre del mismo a don Blas, y determinándose su filiación como Roberto, hijo de Blas y Filomena, y 3.º) Que, como consecuencia de lo anterior, se establezca la obligación del progenitor demandado a prestar alimentos al menor en la cantidad de doscientos cincuenta dólares USA mensuales, mediante ingreso en la cuenta que a tal efecto se indique en ejecución de sentencia; condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración, así como al pago de las costas causadas en este procedimiento».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos y solicitó que: «Se dictara sentencia en su día por la que dé forma alternativa y subsidiaria: A) Acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, sin entrar en el fondo del asunto, absuelva en la instancia al demandado de los pedimentos que contra el mismo se formulan; B) Declarando la inaplicabilidad de la ley española al fondo del asunto, sin entrar en el mismo, absuelva igualmente en la instancia al demandado de los pedimentos que contra el mismo se formulan, y C) entrando en el fondo del asunto, desestimara íntegramente la demanda interpuesta, por cuanto se ha expuesto y razonado debidamente al efecto, condenando a la demandante a estar y pasar por dicha declaración; con condena en costas a la demandante en todos los supuesto anteriores».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Rota dictó Sentencia el 14 de mayo de 1997, cuya parte dispositiva dice literalmente: «1) Que, acogiendo la excepción planteada de inaplicabilidad de la ley española y, en consecuencia, sin entrar al fondo del asunto, desestimando como desestimo la demanda debo absolver y absuelvo en la instancia al demandado don Blas de las peticiones en aquélla deducidas de contrario. 2) Que debo condenar y condeno a la actora doña Filomena al pago de las costas causadas en la presente instancia».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Cádiz dictó Sentencia el 20 de febrero de 1998, cuyo fallo es el siguiente: «Primero.– Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación sostenido en esta instancia por doña Filomena, y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha 14 de mayo de 1997, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Villa de Rota número dos en el juicio de menor cuantía sobre declaración de filiación no matrimonial y otros extremos número 7/1997. Segundo.– Por lo anterior, estimando la demanda formulada ante dicho Juzgado de 1.ª Instancia en tales autos por Filomena en interés de su hijo menor Roberto, efectuamos los siguientes pronunciamientos: a) Debemos declarar y declaramos que el menor de edad Roberto es hijo biológico de Filomena y del demandado Blas, quienes no se hallan unidos entre sí por vínculo matrimonial. Mandamos en consecuencia inscribir la filiación respecto del demandado en el Registro Civil de Rota, por medio de nota al margen de la inscripción principal de nacimiento de Roberto, que consta al folio 551 del tomo 133 de la Sección Primera, en la que habrá de constar el apellido Blas como paterno y Filomena como materno, librándose al efecto el oportuno despacho una vez firme la presente. b) Debemos condenar y condenamos a Blas a pagar mensualmente a Filomena, para atender a la alimentación de Roberto, la suma mensual de doscientos cincuenta dólares USA (250 $) que serán abonados por mensualidades anticipadas en la cuenta bancaria que designe la madre, voluntariamente o por descuento de la nómina de haberes del demandado. c) Imponemos a Blas el pago de las costas de la primera instancia. Tercero.– No hacemos especial imposición de las costas procesales causadas en esta alzada».

⊙ Don Blas interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión litigiosa se centra principalmente en si, dada la nacionalidad norteamericana de los intervinientes en el proceso respecto a la reclamación de filiación extramatrimonial ejercitada por la actora, para la resolución del caso procedía o no la aplicación de la Ley material norteamericana que correspondiere.

El motivo primero del recurso se basa en la infracción del artículo 24.1 de la Constitución, por aplicación indebida del artículo 9.4 del Código Civil, en relación con los artículos 12.1, 2, 5 y 6 del mismo Cuerpo Legal, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha aplicado la Ley material española para decidir acerca de la reclamación de filiación extramatrimonial planteada por la madre, de nacionalidad estadounidense, que afirma haber tenido un hijo, inscrito en el Registro Civil de Rota (Cádiz), del demandado, de su misma nacionalidad, sin embargo ha invertido lo dispuesto en el citado artículo 9.4 para aplicar la legislación española, cuando del propio precepto se desprende claramente que será la legislación personal del hijo, esto es, la de los Estados Unidos de Norteamérica, la atinente al caso, con lo que queda vedada la aplicación de nuestra legislación y doctrina jurisprudencial sobre dicho particular, toda vez que no existe indeterminación de la Ley aplicable, pues la actora es norteamericana, el hijo, que nació en el Hospital Militar de la Base Naval de Rota, también goza de la misma nacionalidad, de manera que serán los Tribunales españoles competentes para conocer y determinar la filiación siempre que se les presente y acredite la ley extranjera que deberán aplicar, y que aquí es la norteamericana, y en ningún momento del proceso se procuró por la demandante la prueba de ese derecho.

El motivo se desestima porque la Ley material aplicable en el caso que nos ocupa es la relativa a la nacionalidad que ostentan los intervinientes en el proceso; en este sentido, el artículo 9.1 del Código Civil llama a la Ley personal de las personas físicas para regir entre otras materias, las concernientes al estado civil, que, igualmente, es aplicable al «carácter y contenido de la filiación» (artículo 9.4 del Código Civil), y, en atención a que, como resulta de la propia sentencia, el hijo cuya filiación se reclama tiene la nacionalidad de la madre según se deduce del artículo 17 del Código Civil –el *ius soli* no es título de adquisición originaria salvo en los supuestos del artículo 17.1, apartados b), c) y d)–, habrá de concluirse que la cuestión de fondo habría de ser resuelta conforme a la Ley norteamericana que correspondiere, sin embargo, al no haberse aportado por ninguna de las partes, como era necesario, la prueba de la existencia, contenido y vigencia de la referida Ley extranjera, procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico, con seguimiento de la reiterada línea jurisprudencial que se contiene, entre otras, en las SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 13 de diciembre de 2000 y 5 de marzo de 2002.

El segundo motivo del recurso se basa en la transgresión del artículo 512, en relación con el artículo 578.3, ambos de este ordenamiento, ya que, según denuncia, la sentencia de instancia acepta, como material probatorio, las cartas cruzadas entre los Abogados de las partes, facilitadas por la actora y que la representación del demandado ha reconocido, con menciones, en la contestación a la demanda, no sólo a su existencia, sino también a su contenido, pero dichos documentos se han tomado en consideración pese a su expresa impugnación y, al no haber sido adverados, carecen de eficacia probatoria. El motivo se desestima porque, respecto a la autenticidad o inautenticidad de los documentos privados tenidos en cuenta por la Audiencia para, en unión de otros elementos probatorios, considerar demostrada la generación paterna, corresponde indicar que, de una parte, el demandado en ningún momento ha llegado a precisar a qué circunstancias o aspectos de tal documentación se refiere la genérica impugnación que realiza, y de otra, en verdad se discuten aquí las conclusiones de la Sala de instancia, es decir, la interpretación del contenido de dichos documentos como expresivos de un asentimiento o reconocimiento tácito de la paternidad, lo que constituye una cuestión de hecho ajena a la casación.

FILIACIÓN

Declaración de la paternidad cuando el resultado de la prueba biológica da un índice W= 99'998% que está dentro del rango considerado científicamente como la paternidad probada.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2004

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Fermín interpuso demanda de reclamación de filiación extramatrimonial contra doña María José y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declare que don Fermín, es padre extramatrimonial, por naturaleza de Carlos José, practicándose la oportuna inscripción registral de la filiación con los siguientes apellidos Carlos José, y todo ello con expresa condena de las costas del presente procedimiento.

⊙ Compareció la demandada con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se declare sentencia declarando la inexistencia de pruebas suficientes para acreditar la filiación de Carlos José como hijo de don Fermín y con expresa condena en costas al demandante. Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Getafe dictó Sentencia el 3 de mayo de 1999 estimando íntegramente la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 15 de junio de 200 desestimando el recurso interpuesto por doña María José.

⊙ Doña M.ª José interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del actual recurso de casación lo formula la parte recurrente en razón al artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, según afirma dicha parte, se ha infringido el artículo 113 del Código Civil. Este motivo debe ser desestimado. En efecto, de la prueba pericial biológica obrante en autos se determina que la paternidad de A. con respecto a A.P. se encuentra dentro del rango considerado científicamente como la paternidad probada, ya que da un índice W= 99'998%. Ante tal prueba contundente, cualquier alegación en relación a una presunta falta de legitimación procesal del padre que solicita el reconocimiento de una paternidad extramatrimonial, carece de toda posibilidad de ser tenida en cuenta, ya que debe entrar en juego de una manera clara y contundente lo dispuesto en el artículo 134 del Código Civil en relación al ejercicio de la acción de reclamación de paternidad. Sin que por otra parte, pueda tenerse en cuenta si existe una declaración de filiación contradictoria que deba impugnarse, en concreto una inscripción de nacimiento en el Registro Civil cuya existencia no se ha demostrado.

FILIACIÓN

Ineficacia de la prueba biológica practicada privadamente por el demandado sin las garantías procesales y declaración de su paternidad en base a las pruebas presentadas unido a la negativa a la práctica de la prueba biológica.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2004

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Paloma, de nacionalidad española, habiendo residido antes en Francia, tuvo un hijo, nacido el 24 de agosto de 1985 en Málaga, al que se inscribió en el Registro Civil del Consulado nacional de Francia con el nombre de Marcos, como hijo de la misma, no constando el nombre del padre, y haciéndolo con la nacionalidad francesa.

⊙ Doña Paloma interpuso demanda de menor cuantía contra don Luis Antonio solicitando que se «... dicte sentencia, declarando que el menor Marcos es hijo no matrimonial de don Luís Antonio y doña Paloma, y en su consecuencia, se modifique la inscripción de nacimiento de dicho menor, haciendo constar su condición de hijo no matrimonial de los citados, imponiéndole los apellidos del padre y de la madre, quedando pues el nombre del menor del tenor siguiente: Marcos, todo ello con los derechos inherentes, en especial el de alimentos a determinar en fase de ejecución, y con expresa condena en costas».

⊙ Admitida a trámite la demanda, ésta fue contestada por la representación de la parte demandada y, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: «... dicte sentencia estimando las excepciones propuestas o cualquiera de ellas y en su caso desestime la demanda formulada con imposición de costas de contrario».

⊙ El Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Málaga dictó Sentencia el 22 de marzo de 1999 estimando íntegramente la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Málaga dictó Sentencia el 25 de julio de 2000 desestimando el recurso interpuesto por el demandado.

⊙ Don Luis Antonio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como documentos constitutivos de un inicio de prueba, para que la demanda fuera admitida a trámite, se aportaron dos cartas, que las atribuye al demandado, dirigidas a la actora, cuando ésta residía en Francia, fechadas en noviembre y diciembre de 1983, así como documentos relativos a contratos de arrendamientos de viviendas para la madre, suscritos unos 18 meses después del nacimiento del menor, con una Sociedad de la que el presunto padre era apoderado, y un certificado de un Consejo de Administración celebrado por la misma en 1983. Durante la tramitación del procedimiento, se practicaron las pruebas testifical (4 testigos, componentes de 2 matrimonios), sobre las relaciones amorosas y la convivencia de los litigantes y sobre la comparecencia del mismo en la Clínica, al nacer en ella el menor, haciéndose cargo de los gastos del parto, que abonó; y propuesta la pericial,

previa extracción de sangre del presunto padre y del menor que se pedía, siendo éste acompañado de la madre, para las pruebas hematológicas, a fin de que, en base a ellas, se emitiera el informe médico sobre ADN, que demostraran, o no, la paternidad, prueba admitida a la que el demandado no compareció en el momento señalado, y en el que debían practicarse simultáneamente las extracciones, a presencia de la madre, en el Hospital o Clínica predeterminado (a practicar en 3 de febrero de 1998), haciéndolo después él solo, sin esa presencia, y aportando un certificado del Laboratorio de Biología Molecular del Hospital Universitario, «Virgen Macarena», de Sevilla, a la que se acompañaba el informe médico, por el que, en base a dicha prueba, concluía excluyendo la paternidad pretendida del Sr. Luis Antonio, que había comparecido en el mismo, a tales efectos, y cuyo informe es de fecha 2 de julio de 1998.

No conforme la madre con la forma en que se había practicado tal prueba, carente para ella de garantías procesales, según decía, solicitó la práctica de una nueva, a la que asistieran los litigantes y el menor, con presencia del fedatario judicial, la que se acordó por el Juzgado para mejor proveer, y debiendo practicarse la referida prueba, con la asistencia de los interesados, propuesta a la que se opuso en forma rotunda el demandado, y tras recurrirse el Auto en el que la misma se acordó, no acudió a dicho Centro en el momento indicado, y para la que se habían previsto todas las garantías para conseguir la validez de la misma (extracción de la sangre en el local del Juzgado, con asistencia de los interesados, por la Policía Científica de la DG de la Policía, Sección ADN).

Por el Juzgado se dictó Sentencia, con fecha 22 de marzo de 1999, por la que se dio lugar a la demanda, basándose en las pruebas presentadas, de las que se presumía el mantenimiento de relaciones sexuales de los litigantes al tiempo de la concepción, así como de sus relaciones amorosas, así como en la negativa a practicar la prueba genético-biológica por el demandado, en la forma ordenada, entendiendo que carecía de garantías procesales la practicada a instancia sólo de él mismo.

Recurrida la citada Sentencia en Apelación, y conocida ésta por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, durante la tramitación del Recurso, la misma acordó para mejor proveer la práctica, de nuevo, con el demandado-apelante, de las pruebas biológicas referidas, con todas las garantías procesales necesarias para que se pudiera conseguir la asistencia de todas las partes, y la que se llevaría a cabo en el Hospital Regional «Carlos Haya», de Málaga, a cuya prueba en principio mostró su conformidad el demandado, pues pidió su ampliación, para la incorporación del expediente sanitario de la llevada a cabo en 1998, pero, señalada fecha para ello, el mismo presentó un escrito, diciendo que no acudiría a la misma, pues ya la había realizado en su día, y su repetición atentaba a su derecho a la intimidad, y dado que el asunto estaba repercutiendo en su ámbito personal, familiar y profesional. La Sala, dicta Sentencia, en 25 de julio de 2000, desestimando el Recurso, y confirmando la sentencia de la Audiencia, por sus propios fundamentos.

El recurso de casación se basa en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que produzcan indefensión, y por infracción de las normas jurídicas o la jurisprudencia que hayan servido para resolver las cuestiones objeto del debate, deduciéndolas así: 1.º, infracción del artículo 359 LEC, en relación a la Sentencia, por haberse basado la misma en la prueba testifical y en las presunciones, siendo sus conclusiones erróneas e irracionales, no teniéndose en cuenta las presentadas por la recurrente, de las que resultaba lo contrario, y la libre valoración del Tribunal se convirtió en arbitrariedad; 2.º, infracción de los principios fundamentales recogidos en los artículos 15 y 18 CE y la jurisprudencia que los interpretaba, pues después de practicada la prueba biogenética el varón, se exigieron otras, a petición contraria, lesionando con ello el derecho del mismo a su intimidad y honorabilidad, por lo que se negó a ellas; 3.º, infracción de los artículos 127 y ss. y 135 CC pues se dio trámite a la demanda sin el filtro procesal del artículo 127.2.º, que impedía la admisión de demandas infundadas y caprichosas, sin aportar a tal escrito un principio de prueba que garantizara el impedimento del abuso, ya que la exigencia de pruebas indiciarias por la jurisprudencia (posesión de estado y comunicación epistolar, que pudieran justificar la relación afectiva al tiempo de la concepción, así como los documentos gráficos, personales, directos y no ambiguos, ajenos a las meras conjeturas), no se daban, pues faltaba el presupuesto de las relaciones sexuales, y todo ello se traía por testimonio de 4 personas, testigos de referencia, vecinos de la actora, no existiendo respeto por las reglas procesales, en contra de la prohibición de la «indefensión» establecida en el artículo 24.1 CE, no existiendo motivación suficiente en la Sentencia sobre ello; y el 4.º, infracción del artículo 11 CE en relación con los 9.º y 17 del CC (según redacción de la Ley 51/1982, de 13 de julio), y en relación con los 1249 y 1253 del mismo, pues no estaba suficientemente justificado que se inscribiera al recién nacido como de nacionalidad francesa, de la que carecía la madre, lo que hacía presuponer que el verdadero padre fuera de esa nacionalidad. Pedía la nulidad y casación de la Sentencia, y que se declarara, con desestimación de la demanda, que el hijo puesto en cuestión en el litigio no lo era del demandado-recurrente.

La exposición de los precedentes antecedentes fácticos, extraídos de los hechos declarados probados en la Sentencia dictada, y de la forma en que se han practicado las pruebas en el proceso, sirven de base para dar contestación a los 4 motivos planteados en el proceso, debiendo, no obstante, hacerse por el Tribunal, antes de rebatirlos uno a uno, plantear previamente unos presupuestos, que se consideran ya inconmovibles, deducidos de todo ello: A) no se puede pedir una nueva valoración de la prueba, justificadora de la tesis mantenida por el recurrente, si la extraída en las Sentencias de instancia se considera correcta y adecuada con la que se ha practicado, y ésta ha sido suficiente al fin de resolver el debate, no bastando con decir, en el Recurso, que la citada valoración judicial es errónea, irracional y arbitraria, pues, aparte de que no lo es, tal ataque procesal, según muy constante jurisprudencia, debe de proponerse por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba, citando el precepto o preceptos en que tal argumento se apoye, lo que aquí no se ha hecho; B) No se ha condenado en las Sentencias al demandado, hoy recurrente, por el hecho de que no se haya sometido, en la forma que el Tribunal le impuso (para solucionar las dudas que al mismo le resultaban del resto de las pruebas presentadas), al examen biogenético de confrontación con las correspondientes al menor propuesto a ser reconocido en su filiación paterna, pues esos indicios previos, a complementar con esta otra deducción, se han dado suficientemente, y así, el Tribunal ha valorado las cartas o correspondencia remitida por el demandado a la madre cuando ésta residía en Francia, las relaciones de amistad y afecto mantenidas por los mismos, entre otros momentos, en el tiempo de la concepción, según los testigos, la visita a la madre y al menor en la Clínica a raíz del parto y el pago de los gastos de la misma y de la intervención médica, y el alquiler para ella y su hijo (a partir de cierto momento para éste, y antes para ella) de una vivienda propiedad de una Sociedad en la que el recurrido era apoderado principal; y C) por lo que respecta a la prueba de extracción de sangre y análisis respecto al hijo y los progenitores (en este caso, concretamente, la del denunciado civilmente como padre en el proceso) es, ante la prueba no definitiva y por ello dubitativa, necesaria y crucial en esta clase de procesos, sin que por sí sola, no obstante, pueda servir, en caso de oposición a ella, para deducir un resultado favorable a la declaración de la relación de paternidad y filiación, pero es preciso, para su práctica, en trámite judicial, que se den los requisitos de privacidad y de respeto a la intimidad, que garantiza el artículo 18.1 CE, y además que, como cualquier prueba, ofrezca las garantías para las partes, de publicidad entre ellas, posible contradicción, e intervención judicial, requisitos estos últimos que no concurrieron en la que aportó el presunto padre, y sí propusieron en las que acordaron, cada una en su fase procesal de intervención, el Juzgado y el Tribunal, por lo que la valoración sobre la negativa del hombre demandado a sujetarse a ellas, ha sido correctamente valorada en la instancia en su contra.

En el breve examen que, tras lo dicho, debe hacerse ahora a cada motivo del Recurso, ha de decirse, respecto al 1.º, sobre supuesta infracción del artículo 359 LEC, que sorprende en principio que se haga esta denuncia para rebatir la forma en que el Tribunal de instancia valoró la prueba, pues deben citarse los preceptos procesales que se refieran a cada una de las pruebas practicadas, en cuanto hayan sido atacadas y rebatidas, lo que no se hace, en aras a su supuesta violación por error de derecho, y sólo la cita, final, del artículo 24.1 CE (pero dada en el motivo 3.º, sobre respeto a las reglas procesales, en pro de impedir una «indefensión») o el juicio supuestamente erróneo, arbitrario o irracional, que se imputa a la Sentencia recurrida, sobre tal valoración, tienen algún sentido; pero como esto no es así en el aspecto en que se aducen, debe rechazarse sin más el indicado motivo. En definitiva, no puede pretenderse, en este Recurso, una valoración probatoria, partiendo de tal negativa, distinta a la que se ha hecho en la instancia, sin más explicaciones.

El 2.º de los motivos traídos a la Casación, se refiere, al hecho de que deba de valorarse la prueba de contraste de ADN presentada por el pretendido como padre, y no hacerlo de las dos negativas de éste (al Juzgado y a la Audiencia) a realizar las que ordenaron dichos órganos judiciales. Carece de toda razón al respecto, el recurrente, y se le ha contestado en las Sentencias de instancia al respecto con acierto y suficientes razones, pues en aquella prueba se incumplieron los requisitos procesales fundamentales, que garantizan la correcta obtención de la indicada prueba, de intervención judicial, contradicción y publicidad entre las partes, por lo que los juzgadores de instancia, al entenderla correctamente como no válida, insistieron, con acierto, en tener que practicarse en la forma procesal debida, a lo que éste se negó, y la valoración de su negativa (aún fundada en sus derechos a la intimidad y honorabilidad personales: artículo 18.1 CE), ha sido la que corresponde.

El motivo 3.º suscita el tema, ya resuelto por el Juzgado de 1.ª Instancia, rechazándolo, no siendo tratado, como no propuesta, en el trámite de la apelación ante la Audiencia, de la pretendida falta de prueba indiciaria suficiente para la admisión inicial de la demanda exigen del proceso, conforme el artículo 127.2.º CC (se citan en el motivo, incorrectamente, una presunta o deducible «tira»

de ellos, incluyendo el 135), para evitar demandas infundadas o caprichosas, y el motivo hace relación incluso de los documentos que, a tales efectos, se acompañaron con tal escrito, los que estima insuficientes a tal fin, y ello no lo contemplaron, en cambio, el Juzgado y el Tribunal *a quo* (tanto que aquél resolvió, en la Sentencia, sobre tal requisito, con razones fundadas), y otra vez se trata aquí de deducir un resultado valorativo distinto al del Juzgador, y en propio beneficio, lo que no corresponde a la función de este Recurso extraordinario. Al final, la parte insistiendo en su «desorden» procesal, que, por su lado, achaca a la Sentencia, en la parte final del motivo, con amparo «accesorio» del artículo 24.1 CE, pretende atacar a la Sentencia por el hecho de faltar la misma a un adecuado razonamiento y motivación de sus decisiones (lo que correspondería más bien al examen del artículo 359 LEC, con el que se inicia el motivo 1.º, cuyo desarrollo, como se dijo, carece de conexión procesal con este precepto), lo que, aparte de ello, no es cierto, y se insiste aquí, pues la misma aparece como perfectamente desarrollada y motivada.

Por fin, el último motivo, trae un «hecho nuevo» a debate, no tratado en las Sentencias de instancia, que no consta lo hayan omitido, si se hubiera debatido, en sus declaraciones, y es el relativo a una pretendida deducción, por la vía presuntiva, sobre la existencia de un «tercer» «pretendiente» a posible padre del menor, al parecer un supuesto, y no identificado, individuo francés, lo que funda la recurrente en que el menor se inscribe en el Registro consular francés, con esta nacionalidad, mientras es española la de la madre. La multitud de explicaciones que pudieran darse, como posibles, a esta deducción casi cogida por «los pelos», impiden su trato correcto en un motivo de casación.

FILIACIÓN

Tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento cabe una impugnación del título de determinación, por existencia de vicio en la formación o exteriorización de la voluntad y una impugnación por causas distintas, entre ellas, la inexistencia de una realidad biológica. No obstante, no prosperan las acciones al no existir prueba indiciaria respecto a la impugnación de la paternidad, no siendo obstáculo para ello que la madre se negara a la práctica de la prueba biológica respecto al menor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Ramón Ferrándiz Gabriel

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Marisol, don Pedro Miguel, don Adolfo y don Andrés hijos y herederos de don José Ramón (fallecido el 17 de agosto de 1994) interpusieron demanda de reclamación de filiación paterna no matrimonial contra doña Soledad (con la que el padre de los actores había contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento) y el menor Evaristo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia en la que se declarase que el niño Evaristo no es hijo biológico de don José Ramón, la nulidad del reconocimiento prestado por éste y la del asiento Registral donde se reconoce.

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada, por la misma se solicitó el nombramiento de letrado y procurador del turno de oficio y efectuado y notificada de la designación, se le concedió el plazo para contestar a la demanda, sin verificarlo, por lo que se tuvo por precluido el trámite. El Ministerio Fiscal informó en el sentido de entender que debía estimarse la demanda.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Toledo dictó Sentencia el 11 de junio de 1997 desestimando la demanda.

⊙ En Grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Toledo dictó Sentencia el 20 de abril de 1998 desestimando el recurso interpuesto por los actores.

⊙ Doña Marisol, don Pedro Miguel, don Adolfo y don Andrés interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien hizo los siguientes pronunciamientos: 1.º) Confirmar la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número Uno de Toledo, de fecha once de junio de mil novecientos noventa y siete, en cuanto desestima la acción de impugnación de la paternidad objeto de la demanda. 2.º) Confirmar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, en cuanto desestima la acción de impugnación del reconocimiento objeto de la misma demanda. Las costas de la apelación quedan a cargo de los apelantes. Las costas de la casación deberán ser pagadas por los respectivos recurrentes.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado de 1.ª Instancia consideró que los demandantes habían ejercitado una acción de impugnación de paternidad matrimonial y otra de impugnación de reconocimiento (la primera prevista en el artículo 136 y la segunda en el 141). Previamente precisó el Juzgado que no era posible ejercitar acciones de impugnación de una paternidad calificándola, a la vez, como matrimonial (artículo 136) y extramatrimonial (artículo 140). Así como que, habiendo quedado determinada la filiación de Evaristo en la forma que establece el artículo 119, en relación con el 120.1.º, ambos del Código Civil, esto es, por el matrimonio de los padres posterior al nacimiento y el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, no procedía sino entender que la filiación impugnada era matrimonial (pese a que el matrimonio canónico de don José Ramón con doña Soledad hubiera sido declarado nulo por el Tribunal eclesiástico competente, cuando ya estaba en tramitación este proceso, al no haberse cumplido el trámite necesario, según el artículo 80 del Código Civil, para dotar de eficacia civil a la Sentencia del referido Tribunal).

Finalmente, la Sentencia de la primera instancia desestimó las dos acciones ejercitadas en la demanda: la de impugnación de la filiación matrimonial, por no haberse probado que no respondiera a la realidad biológica, y la de impugnación del reconocimiento, por no haberse demostrado la concurrencia de vicio en la formación o declaración de la voluntad del padre de los demandantes.

El Tribunal de apelación, ante el que llevaron el conflicto los actores, entendió, sin embargo, que la única acción de que podían valerse los apelantes (no la única que habían ejercitado en la primera instancia ni la única a la que había quedado limitada la cognición judicial en la segunda) era la de impugnación del reconocimiento que regula el artículo 141, por remisión del 138, ambos del Código Civil.

Así, en el fundamento de derecho primero de su Sentencia, la Audiencia Provincial identificó la causa de pedir o fundamento de esa acción y el tema necesitado de la prueba, en los siguientes términos: sólo la demostración de que el reconocimiento se hubiera efectuado mediante error, violencia o intimidación permitiría la estimación de la demanda. Ya en el fundamento de derecho segundo se precisó más: el vicio atribuido por los actores al reconocimiento efectuado por su difunto padre había sido el error. Finalmente, la concurrencia de ese vicio en la voluntad del reconocedor fue negada en el mismo fundamento de derecho, como argumento de la desestimación del recurso.

Ante ello, los ahora recurrentes, en el segundo de los motivos de casación (que se examina el primero por razones obvias), denuncian el quebrantamiento de las normas reguladoras de la Sentencia, señalando como infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en relación con el 1692.3 de la misma Ley). Sostienen que no habían obtenido respuesta en la segunda instancia a la impugnación de la filiación *stricto sensu*, esto es, a la derivada de no tener ésta apoyo en una realidad biológica, que insisten también había sido deducida en la demanda.

El defecto de exhaustividad por omisión de pronunciamiento, cuando éste hubiera sido efectivamente pretendido y el silencio no deba entenderse, tras la correspondiente labor hermenéuti-

ca, como una desestimación tácita, constituye un supuesto de incongruencia omisiva. La Sentencia de 28 de febrero de 2003, con cita de la de 4 de febrero de 2000, destacó la trascendencia constitucional del referido defecto, dado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 de la Carta Magna, exige que la Sentencia resuelva absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente.

De ese defecto adolece la Sentencia aquí recurrida.

I. Las acciones de impugnación de la filiación matrimonial pueden responder a la inexistencia o invalidez del título de su determinación o a la ausencia de la realidad biológica. Según dispone el artículo 138 del Código Civil, tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento (el formal, que regula el artículo 120.1.º, el expreso o tácito, a que se refiere el artículo 117, y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación como matrimonial, que contempla el artículo 118), cabe una impugnación del título de determinación, por existencia de vicio en la formación o exteriorización de la voluntad, mediante la llamada acción declarativa negativa que regulan los artículos 138 y 141, y una impugnación por causas distintas, entre ellas, la inexistencia de una realidad biológica (mediante una acción de impugnación en sentido estricto), que regulan el mismo artículo 138 y, por remisión, las normas contenidas en la sección y capítulo terceros del título quinto del libro primero del Código Civil, entre otras, la del artículo 136.

II. En el escrito de demanda, como se indicó anteriormente y según resulta de su encabezamiento, relato de hechos, fundamentos de derecho y suplico, los demandantes, además de impugnar el reconocimiento por vicio en la voluntad, negaron que su padre biológico lo hubiera sido también del niño Evaristo y a tal fin propusieron prueba pericial, admitida, aunque no practicada. La Audiencia Provincial, sin embargo, no dio respuesta al recurso de apelación sobre la desestimación de la segunda acción mencionada y ello constituye el vicio de incongruencia omisiva denunciado en el motivo, que debe ser acogido, con estimación del recurso, en aplicación de los artículos 359 y 1692.3, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Asumidas por esta Sala las funciones de la instancia, como efecto de la estimación del referido motivo (artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881), procede confirmar la Sentencia del Juzgado, no obstante los argumentos expuestos por los recurrentes en los restantes catorce motivos en que quedó estructurado el recurso de casación.

I. Los demandantes propusieron prueba pericial biológica de paternidad, admitida por el Juzgado de 1.ª Instancia y no practicada, porque se negó a prestar colaboración la demandada, madre del menor Evaristo.

Es sabido que las partes de un litigio en que se ejerciten acciones de investigación de la paternidad tienen el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas admitidas por el Tribunal competente, para no colocar a la otra en una situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución Española, impedida de justificar su pretensión mediante la utilización de un medio de prueba pertinente y admitido (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1999, de 31 de mayo).

Se produce, en tal caso, una colisión entre derechos fundamentales de las partes del litigio (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero); en este caso, entre el derecho a la intimidad defendido por la madre de Evaristo y el derecho de los actores a no sufrir indefensión en el ejercicio de la acción de impugnación de filiación.

Ese conflicto ha de resolverse tomando en consideración, por un lado, que el derecho a la intimidad no puede convertirse en una barrera para facilitar el desconocimiento de las cargas y deberes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto a posibles vínculos familiares (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, y Auto 103/1990, de 9 de marzo); y, por otro lado, que si a la voluntad obstruccionista injustificada se le atribuyen consecuencias jurídicas, como medio de llegar a juicios de valor por equivalencia, queda neutralizada la indefensión que, en otro caso, habría sufrido la parte proponente de la prueba.

Esta Sala ha declarado, con reiteración, que la negativa injustificada a someterse a la práctica de la prueba biológica de paternidad no constituye un supuesto de *ficta confessio* (al modo de comportamiento concluyente de significado unívoco y decisivo, favorable a la pretensión del proponente). Antes bien, se le atribuye el valor de indicio para declarar o negar la paternidad, valioso pero no exclusivo ni aislado, sino a conjugar con los demás que ofrezca el proceso y los medios de prueba practicados en él (Sentencias de 14 de noviembre de 1987, 3 de junio de 1988, 30 de noviembre de 1989, 25 de octubre de 1996, 19 de mayo de 1997, 1 de julio de 2003 y 1 de octubre de 2003).

El Juzgado de 1.ª Instancia valoró la injustificada negativa de la demandada a que la prueba se practicara con datos extraídos directamente del cuerpo de su hijo menor. Pero, correctamente, no le dio más valor que el de un indicio, que, en combinación con las pruebas practicadas en el proceso,

le llevó a entender no demostrado el hecho constitutivo de la acción de impugnación en sentido estricto ejercitada en la demanda y, finalmente, a aplicar las reglas del *onus probandi*.

Especial significado dio el Juzgado, de nuevo de modo adecuado, al reconocimiento de su paternidad, formalmente efectuado por don José Ramón, sin vicio alguno en la formación o exteriorización de la voluntad, ni constancia del propósito de disimular una realidad contraria o de la emisión de declaración posterior en sentido distinto. Y, también, a las manifestaciones de determinados testigos, cualificados por la razón de ciencia que ofrecían y las circunstancias en ellos concurrentes, sobre la convivencia de aquél con la madre de Evaristo en la época de la gestación y sobre las declaraciones emitidas por don José Ramón respecto a su efectiva paternidad.

Y no cabe entender que la valoración de la prueba por el Juzgado partió de una infracción de las garantías procesales de los actores, por no haber admitido como documento la declaración de unos testigos en otro proceso (pese a lo que afirman los recurrentes en el motivo tercero), tanto más si no consta que los mismos no pudieran haber comparecido ante dicho Tribunal para someterse a las preguntas y repreguntas de las partes.

III. Atribuir ese valor indiciario a la actitud obstruccionista de la madre demandada no resulta contradictorio con los apercibimientos que el Juzgado le efectuó para desactivar su negativa (pese a lo afirmado en el motivo primero del recurso de casación), ya que, como se indica en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia de primer grado, los requerimientos estaban destinados a posibilitar, que no a predeterminar, la correcta valoración de la negativa.

Tampoco es contrario a la norma del artículo 24 de la Constitución (como se dice en el motivo séptimo), por las razones antes expuestas, que se dan por reproducidas. Ni a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos en conflicto, en particular, la sentada en la Sentencia 7/1994 (motivos duodécimo y decimotercero) o a la de esta Sala (motivo decimocuarto), como se ha indicado anteriormente. Tampoco a los artículos 39.2 de la Constitución y 127 del Código Civil (motivos cuarto, noveno y décimo), ya que la paternidad de Halim ha sido investigada en el proceso con plenitud, aunque sea con un resultado no querido por los recurrentes. Ni al artículo 39.3 de la Constitución (motivo quinto), ya que la negativa de la madre a someter a su hijo a la práctica de la prueba, valorada como se ha indicado, nada tiene que ver con las prestaciones de asistencia a que dicha norma se refiere. Ni al artículo 14 de la Constitución (motivo sexto), ya que la valoración del comportamiento procesal de la madre del menor elimina cualquier tratamiento desigual de los litigantes. Tampoco al artículo 18 de la Constitución (motivo octavo), pues la desestimación de la demanda de impugnación no puede afectar al honor e intimidad familiar de los demandantes.

PATRIA POTESTAD

Atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre con base en la residencia del padre en el extranjero, sin que se acceda a la petición subsidiaria de privación de la patria potestad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Verónica interpuso demanda de reclamación sobre regulación de derechos inherentes a la patria potestad contra don Gerardo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia sobre regulación de derechos inherentes a la patria potestad.

⊙ Compareció el demandado con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se declare sentencia oponiéndose a la demanda y haciendo concretos pedimentos. Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Sevilla dictó Sentencia el 17 de mayo de 1999 estimando la demanda y acordando lo siguiente: a) El cese efectivo de la convivencia entre ambos y, por tanto, la separación de hecho entre los mismos con efectos ello en relación a la escasa normativa que contempla la relación de las parejas *more uxorio*. b) La disolución de la comunidad de bienes que pudieran constituir, revocando los poderes expresos o tácitos que pudieran tener en cuanto a la administración de los bienes en común de la pareja. c) Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores a la madre doña Verónica. Habida cuenta de la no residencia en España de don Gerardo, se dispone que, sin perjuicio de la titularidad de la patria potestad sobre los menores, su ejercicio corresponderá en exclusividad al único progenitor residente en España, doña Verónica. d) Una vez haga acto de presencia personal en España el Sr. Gerardo y en ejecución de esta sentencia, se determinará su posible derecho de visitar y tener consigo a sus hijos, obligándose en todo caso a fijar en España una persona física y un domicilio en el que se le puedan efectuar notificaciones y requerimientos. Se dispone la prohibición absoluta al Sr. Gerardo de sacar a sus hijos menores del territorio nacional sin el permiso expreso y escrito de la madre, la cual, en todo caso, custodiará el pasaporte de los menores. e) El Sr. Gerardo entregará a doña Verónica en concepto de alimentos para los hijos comunes la suma de 300.000 pesetas mensuales, la cual deberá abonar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que por esta última se designe al efecto, pudiendo actualizarse dicha cantidad anualmente conforme a las variaciones experimentadas por el IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística. Por último no cabe imponer las costas del juicio a ninguna de las partes litigantes.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 8 de marzo de 2000 desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña Verónica.

⊙ Doña Verónica interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La acción ejercitada en el proceso que ahora se halla en trámite de casación y en lo que ha llegado a ésta, no es tanto una cuestión de convivencia *more uxorio*, sino un tema de patria potestad, en cuanto a la titularidad, a su ejercicio y a los alimentos. La sentencia de primera instancia, del Juzgado núm. 6 de Sevilla, de 17 de mayo de 1999 declara el cese de aquella convivencia, la disolución de la comunidad de bienes, la patria potestad compartida y su ejercicio, con la guarda y custodia, exclusivo de la madre, doña Verónica, demandante en la instancia y recurrente en casación, y la pensión de alimentos a favor de los hijos comunes en cuantía de 300.000 pesetas. En el recurso de apelación, consta explícitamente en la sentencia que la misma se limitó a impugnar la sentencia apelada en cuanto al importe de la cantidad señalada para alimentos; la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 2ª, de Sevilla de 8 de marzo de 2000 ha confirmado íntegramente la de primera instancia.

El primero de los motivos del recurso, se formula al amparo del núm. 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 707, 708 y 709 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24 de la Constitución Española. Se refiere al recibimiento a prueba en segunda instancia interesado por el demandado en segunda instancia y que le fue concedido. El motivo se desestima. En primer lugar, porque no cabe en el recurso de casación la cita heterogénea de un conjunto de preceptos como infringidos, sino que debe concretarse la norma infringida y en qué sentido lo ha sido. En segundo lugar, porque no aparece indefensión: se practicó una prueba que la Sala consideró pertinente y se rechazaron unas repreguntas que se consideraron impertinentes. La prueba, en general y la practicada en segunda instancia, en particular, es facultad soberana del órgano jurisdiccional: una revisión casacional sólo cabe cuando ha habido una

infracción patente de una norma y ha producido una indefensión a la parte. Nada ha ocurrido en el presente caso, en que simplemente la parte demandante insiste en su posición procesal contraria a un recibimiento a prueba que ni siquiera consta que le haya perjudicado, lo que es atinente al interés legítimo en el recurso, no consta que le haya producido indefensión, lo que es esencial para la casación.

El segundo de los motivos del recurso se ha formulado también al amparo del núm. 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegando vicio de incongruencia y poniéndolo en relación con una serie de artículos del CC. La esencia de este motivo se halla en que la petición subsidiaria del suplico de la demanda, privación de la patria potestad, no se ha atendido ni razonado. El motivo se desestima porque desde el mismo encabezamiento del motivo mezcla el concepto de congruencia con el supuesto fáctico y jurídico planteado; es decir, se razona sobre la privación de la patria potestad, cuando la incongruencia no es otra cosa que la falta de adecuación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia (Sentencias de 2 de marzo de 2000, 11 de abril de 2000, 10 de abril de 2002, 1 de julio de 2002, 11 de marzo de 2003). En el presente caso, se ha estimado en gran parte, casi totalmente, la demanda, sin entrar en la petición subsidiaria en la que incluso se ha razonado la improcedencia. No hay, pues, incongruencia, ni cabe mezclar razonamientos de fondo al socaire de este vicio procesal.

Los motivos tercero y cuarto del recurso de casación se refieren a la apreciación probatoria; al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega, el tercero, la infracción de los artículos 1216, 1218, 1231, 1232 y 1239 del CC y el cuarto de los artículos 170 y 154 del CC, 39 de la Constitución Española, 2 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. El tercero se desestima. Además de incurrir en el mismo defecto, antes apuntado, de la cita heterogénea de una serie de preceptos dispares, pretende algo ajeno a la función de la casación, que es la revisión de la valoración de la prueba. La casación tiene una función jurídica, no fáctica; controla la aplicación del derecho, no la prueba del hecho; la excepción se da cuando se ha infringido una norma sobre apreciación legal de una prueba concreta, lo que ni se ha planteado en el presente caso. La casación no es una tercera instancia (Sentencia de 31 de mayo de 2000), su función es la correcta aplicación del ordenamiento, sin revisar el soporte fáctico (Sentencia de 10 de abril de 2003) ni aceptase hacer supuesto de la cuestión (Sentencia de 21 de noviembre de 2002). En este motivo, se expone una serie de hechos, se pretende una revisión probatoria y se alega un «error patente de valoración...», lo que no procede en recurso de casación.

El motivo cuarto también se desestima por la misma razón. En su largo desarrollo, se insiste en un hecho y en que «se ha practicado una abundante prueba del desentendimiento... (*sic*) con lo que no hace otra cosa que una revisión de la prueba para llegar a la conclusión de que hay «un error patente de la valoración de la ingente prueba practicada...» (*sic*) siendo así que en el motivo no se cita norma probatoria alguna como infringida y que pretende revisar el *factum* para obtener una pretensión que no ha sido formulada más que subsidiariamente.

PATRIA POTESTAD

Habiéndose establecido en un proceso de separación matrimonial el ejercicio conjunto de la patria potestad, no es procedente que con ocasión de tramitarse un procedimiento de incapacidad de la hija menor a instancia únicamente de la madre, se atribuya el ejercicio exclusivo a la misma, máxime cuando dicha declaración se hizo incluso por vía de auto de aclaración y sin oír al padre.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2004

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

ANÁLISIS DEL CASO

Los cónyuges don Jesús Manuel y doña Ángela, y a efectos de solicitar su separación conyugal, acordaron el Convenio Regulador que habría de regir los efectos de la misma, el 27 de octubre de 1994, el que sometieron a la aprobación judicial en el Proceso correspondiente de separación matri-

monial de mutuo acuerdo, en el que recayó Sentencia, en 28 de febrero de 1995, la que es firme, y que acordó dicha separación y homologó el citado Convenio.

⊙ El matrimonio tiene una hija, en aquel momento menor de edad, Frida, respecto a la que, en dicho Convenio, así aprobado, se hacía constar que sobre ella ostentarían los padres la patria potestad compartida, si bien la guarda y custodia de ella se otorgaba a la madre, con la que quedaría a vivir habitualmente, siendo ésta la que le proporcionaría las atenciones ordinarias, y para los supuestos especiales o extraordinarios (educación y atenciones médicas, especialmente), se estaría a lo que ambos padres acordaran, solucionándose los conflictos por dictamen del facultativo designado al efecto.

⊙ Posteriormente, la esposa, planteó demanda de divorcio, a la que acompañó propuesta de nuevo Convenio Regulador, de fecha 20 de noviembre de 1996, que no fue ratificado por el marido, y en el aspecto aquí indicado, no contenía modificación sobre el régimen acordado de la patria potestad compartida sobre la hija, por lo que siguió rigiendo el anterior.

⊙ Doña Ángela interpuso demanda de menor cuantía contra doña Frida (por padecer la misma «parálisis cerebral infantil o enfermedad de "Littel", afección crónica epiléptica y retraso mental leve F70»), en los que fue parte el Ministerio Fiscal, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho: «... y en su día dicte Sentencia en la que se declare. a) La incapacidad total de la demandada Frida. b) Que se rehabilite la patria potestad de los padres para gobernar su persona y administrar sus bienes. c) Atribuya a mi mandante, doña Ángela, con quien la hija convive, el ejercicio de la patria potestad. d) Atribuya a la madre la administración de los bienes y la custodia personal de la hija Frida, y e) ordene que se inscriban las anteriores circunstancias en el Registro Civil correspondiente».

⊙ Admitida a trámite la demanda, ésta fue contestada por el Ministerio Fiscal, el que interesaba «... se dé a los autos el curso correspondiente y se dicte sentencia en su día conforme a lo probado». Habiendo transcurrido el término del emplazamiento sin que por la presunta incapaz se presentara escrito de contestación a la citada demanda, se convocó a la partes a la comparecencia con los fines y apercibimientos contenidos en el artículo 691 LEC.

⊙ El Juzgado de 1ª Instancia nº 65 de Madrid dictó Sentencia el 9 de marzo de 1998 estimando la demanda interpuesta por doña Ángela y constituyendo a doña Frida, en estado civil de incapacitación total, incluso para el ejercicio del derecho de sufragio, rehabilitando respecto a la misma la patria potestad de sus padres. No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas del procedimiento. Firme que sea esta resolución remítase testimonio de la misma al Registro Civil para que se proceda a practicar la oportuna inscripción». A continuación, por el Juzgado, se dictó de oficio el Auto de 21 de marzo de 1998, que contiene la siguiente parte dispositiva: «He decidido: Rectificar el Segundo Fundamento y el Fallo de la sentencia dictada con fecha 9 de marzo de 1998, en el sentido de que debe atribuirse a la madre el ejercicio efectivo de la patria potestad de Frida. No procede pronunciamiento en cuanto a las costas».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 7 de octubre de 1.999 desestimando el recurso interpuso por don Jesús Manuel (padre de la menor incapacitada). El recurso se contrajo al auto de rectificación, por considerar que se trataba de una modificación sustancial de la Sentencia, en cuanto a su fundamentación y Fallo, y que el mismo se excedía de lo dispuesto en los artículos 267 y 363, respectivamente, de la LOPJ y LEC, y que además no se le había oído, y estaba dictado fuera de plazo, sin haberse ejercitado pretensión alguna sobre tal extremo, e incumpliendo los preceptos sobre modificación de los acuerdos de la separación judicial conyugal, aplicando normas referentes a las separaciones de hecho.

Don Jesús Manuel interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el sentido de declarar nulo el auto de aclaración dictado por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Audiencia Provincial desestimó el recurso entendiendo que el Juzgado había actuado dentro de su competencia, siendo intranscendente el plazo de decidir, y que el marido-padre fue oído en el expediente de incapacitación, enterándose de su contenido, y si no se personó en él, fue porque no lo entendió adecuado, y que se había aplicado el artículo 171, en relación con el 156.5.º, ambos del CC, no denegando el ejercicio compartido de la patriapotestad, sino sólo en lo relativo a sus efectos en materias concretas importantes, por residir, desde la separación, la hija, con la madre.

Alega el padre cuatro motivos en su recurso de casación: los dos primeros, sobre quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia y de los actos procesales, y los otros dos por el del núm. 4.º del mismo precepto, por infracción de las normas jurídicas aplicadas para resolver los puntos objeto del debate, desarrollándolos así: el 1º, por infracción del artículo 363 LEC, en relación con el 267 LOPJ, sobre intangibilidad de las Sentencias judiciales, al haberse modificado una que no precisaba de aclaración, ni de rectificación o complemento de errores, sino ejerciendo una verdadera modificación de fondo, prohibida por el principio de «seguridad jurídica», establecido en los artículos 9.3 y 124.1 CE, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, al afectar a elementos esenciales de la resolución dictada, aplicando preceptos que no afectaban a la misma, y haciéndolo fuera del plazo establecido (5 días, en lugar de uno), pues al hacerse de oficio, sin petición de parte, era obligado cumplir éste; el 2.º, por infracción del artículo 359 LEC sobre la «congruencia» de las Resoluciones judiciales, de acuerdo con las peticiones de las partes, ya que, ni la esposa había podido pedir esa modificación, pues el juicio era simplemente de incapacitación, no de cambio de medidas, y al recurrente, por ello, no se le había dado ocasión de personarse y pedirlo, y por ello se le había privado de un derecho individual, el de deber ser oído; el 3.º, por infracción, del artículo 171 CC, que habla de rehabilitar la patria-potestad tras la declaración de incapacidad, a la existente durante la minoría de edad, y el 156.5.º era aplicable a las separaciones de hecho, pues la modificación de medidas en separaciones matrimoniales judiciales, se regían por los artículos 91 y 92 CC; y el 4.º, por infracción del artículo 156.5.º CC, por ser inaplicable al caso, según lo dicho en el motivo anterior. Terminaba suplicando que se anulara y casara la Sentencia de la Audiencia, y se revocara, dejándolo sin efecto, el Auto del Juzgado, de 21 de marzo de 1998, confirmando en lo demás la Sentencia del mismo.

La esposa (madre), no se personó en el Recurso, dejando su defensa al M. Fiscal, y por éste se contestó a él, diciendo que estaba conforme con el mismo en todos sus motivos, pidiendo que se resolviera conforme al citado Recurso.

De acuerdo con el informe del M. Fiscal, debe darse lugar a los motivos del Recurso planteado, por ajustarse los mismos al Ordenamiento jurídico en la forma en que se articulan, debiendo dividirse tales motivos, a efectos de su seguido comentario, de tipo formal, basados en normas del procedimiento, que pueden agruparse, en uno, los dos primeros; y en el de fondo, por afectar a la aplicación de normas sustantivas del Código Civil, que son los dos últimos, que también pueden ser agrupados, a efectos de su examen.

En los dos primeros motivos, que conducen al mismo fin, de nulidad por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, que afecten a la Sentencia o a los actos procesales, y que producen indefensión, se articulan tres submotivos, el de modificación esencial de la Sentencia dictada, excediéndose el Juzgado *a quo* de los límites admitidos para dictar Autos de aclaración o de rectificación de la misma, por un lado; el de haberse dictado el mismo fuera del plazo legal establecido, siendo tal término de exigencia ineludible, por otro; y el de la «incongruencia» de tal declaración, del artículo 359 de la LEC, ya que si las Resoluciones Judiciales deben ajustarse a las peticiones de las partes, y si se ha dictado el Auto objeto del Recurso sin dar audiencia en el proceso al padre de la incapacitada, con la posibilidad de oírle, no se han atendido sus posibles derechos, en cuanto se han limitado los mismos, por último. Deben ser tenidos por bien planteados estos submotivos, y darse lugar a ellos, por lo siguiente:

A) Los artículos 9.3 y 24.1 CE establecen dos principios básicos sobre la actuación judicial, el de la «seguridad jurídica» y el de la «tutela judicial efectiva», que deben ser cumplidos a través de los mandatos que imponen al Juez, tanto el artículo 363 LEC, que establece el, a su vez, principio de la «intangibilidad de las resoluciones judiciales

firmes», como el 267.1 y en sus tres apartados, de la LOPJ, que obliga a los Jueces y Tribunales a no variar las sentencias después de firmadas, con las excepciones establecidas en el propio artículo 267 y en sus tres apartados LOPJ, que les posibilita a la aclaración de conceptos oscuros o a suplir las omisiones que contengan, en primer lugar, y a rectificar en cualquier momento errores materiales manifiestos o aritméticos. La jurisprudencia constitucional, es clara en el sentido de que, con la excusa de rectificación de errores materiales, no se pueden modificar los elementos esenciales de la Sentencia, ni ello puede servir de remedio a la falta de fundamentación de la resolución firme (STC de 29 de marzo de 1999), ni para corregir errores judiciales de calificación jurídica (S.S. 119/1988 y 16/1991), pues el artículo 267 LOPJ no consiente que sea rectificado lo que se deriva de los resultandos, fundamentos jurídicos y sentido del fallo (STC 180/1997). En el presente caso, la Sentencia fue congruente con sus fundamentos al rehabilitar, en cuanto a la patria-potestad, la situación jurídica anterior, y el Auto, en base a otra fundamentación, rectificó sustancialmente lo así decidido.

B) El Auto se dictó 5 días después de notificada la Sentencia, que debe entenderse en la fecha de la publicación por el Juzgado, ya que al hacerse la rectificación de oficio, el plazo es perentorio para el Juez, pues no depende de petición alguna de parte, y no se refiere a meros errores materiales, por lo que no se cumplió el plazo de 1 día, de los artículos 363.2 LEC y 267.3 LOPJ.

C) El artículo 359 LEC, que establece el principio del deber de la «congruencia» de las Sentencias, en conexión también con los de «seguridad jurídica» y «tutela judicial efectiva», de los artículos 9.3 y 24.1 CE, respectivamente, exige que, para privar de un derecho a una parte, se le haya tenido que dar derecho a ésta a defenderse, y así que pueda presentar sus pretensiones, aunque sean de carácter negativo, para poder resolver sobre ellas, y, si bien en un proceso estricto de incapacitación, si lo promueve una parte legítima, los demás interesados deben ser oídos, y no hace falta demandarlos, pero ello no obstante, si el Juez hace declaraciones limitativas de derechos declarados previamente en favor de los respectivos padres, la decisión tomada al respecto, sin posibilitar esa pretensión, es incongruente.

Los dos últimos motivos, se refieren a la cuestión de fondo, o de aplicación jurídico-material de las normas del CC aplicadas, y deben ser también estimados, dado que, habiéndose establecido en un proceso de separación matrimonial por la Sentencia judicial que lo decidió, una medida consiguiente a la de separación en sí, como es la de atribución de la patria potestad de los padres sobre los hijos comunes menores de edad, la modificación de esta medida, a petición de parte, sólo puede hacerse por la vía de los artículos 90 y 91 del Código Civil, lo que aquí no se ha hecho, aplicando equivocadamente el Juzgador de instancia el artículo 156, último párrafo, que afecta a las relaciones paterno-filiales cuando los cónyuges viven separados de hecho, en cuyas situaciones no serían, por el contrario, aplicables aquellos preceptos; por último, debe de indicarse que el contenido del artículo 171, sobre la rehabilitación de la patriapotestad por la declaración de la incapacitación, no puede entenderse en su aplicación, al haberse dispuesto ya judicialmente, en la minoría de edad, sobre ella, sino en la misma forma en que ya se decidió, sin poderse acudir, en estos casos, al artículo 156.5.º

PATRIA POTESTAD

Lo determinante para la privación de la patria potestad es que se haya producido un incumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la misma, cosa que no ha sucedido en este caso ya que la relación paterno-filial fue dificultada por la madre y el hecho de que no haya contribuido económicamente a satisfacer las necesidades del hijo ha sido motivado por la situación de paro y de carencia de ingresos y propiedad de bienes.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Julia interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Paulino y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al

Juzgado: «se dicte sentencia por la que se acuerde: 1.º Conceder la custodia del menor Bartolomé a la madre. 2.º Se conceda la patria potestad a la madre ya que es la que se encarga de cuidarlo, alimentarlo y educarlo, debido al desinterés que siempre ha mostrado el padre. 3.º Se fije en ejecución de sentencia un régimen de visitas si se considera apropiado por el juzgador y que sea el más restringido posible dado la falta de interés que ha manifestado siempre el padre con respecto a su hijo. Aunque si se produjese un cambio de actitud del padre para con el menor pudiera ampliarse posteriormente. 4.º Se establezca una pensión de alimentos para el menor de 30.000 pesetas mensuales pagaderas en los primeros 5 días de cada mes y actualizable anualmente de conformidad con el IPC».

⊙ Compareció el demandado y contestó a la demanda suplicando «dicte sentencia por la que se acuerde: 1.º Conceder la custodia del menor Bartolomé a la madre, siendo compartida por ambos progenitores la patria potestad. 2.º Se fije el siguiente régimen de visitas, comunicación y estancias del menor Bartolomé con su padre don Paulino: El padre podrá tener a su hijo en su compañía durante dos fines de semana alternos de cada mes desde las 18.00 horas del viernes a las 20 horas del domingo. Asimismo don Paulino podrá tener al pequeño Bartolomé en su compañía la mitad de los períodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo el padre los años pares y la madre los impares. 3.º Se establezca una pensión alimenticia para el menor de 15.000 pesetas mensuales, que mi patrocinado hará efectiva una vez consiga trabajo, siendo ingresada dicha cantidad en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la demandante».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Ponferrada dictó Sentencia el 10 de marzo de 1997 estimando parcialmente la demanda y declarando que la patria potestad sobre el menor Bartolomé corresponde conjuntamente a ambos progenitores quedando el menor bajo la guarda y custodia de su madre, pudiendo el padre Paulino tenerlo desde las 18 horas del viernes a las 20 horas del domingo, comenzando la alternancia con la madre, así como la mitad de las vacaciones escolares correspondiendo la primera mitad al padre en los años pares y a la madre en los impares; debiendo el padre abonar como pensión alimenticia de su hijo la cantidad de 17.000 pesetas mensuales dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe la madre y actualizándose anualmente según el IPC a partir del año a la firmeza de esta sentencia, sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de León dictó Sentencia el 31 de marzo de 1998, cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallamos: Con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por doña Julia contra la sentencia dictada el día 10 de marzo de 1997 en el juicio número 141/1996 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Ponferrada, a cuya pretensión se han opuesto el Ministerio Fiscal y don Paulino, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución en el único sentido de fijar en dos horas semanales en los días de sábado o domingo entre las 12 y 19 horas el tiempo en que don Paulino puede tener a su hijo Bartolomé en su compañía, siempre que se encuentre en las correspondientes condiciones personales físicas y psíquicas para ello, desestimándose las restantes pretensiones y sin hacer pronunciamiento sobre costas».

⊙ Doña Julia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo se formula, después de una exposición impugnatoria de la denegación de la sentencia apelada sobre la pretensión de supresión de la patria potestad del demandado, por infracción de los artículos 170.1.º, 92 y 154 del Código Civil y 39.3 de la Constitución Española, al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como se ha expresado y a pesar de la confusa y discutible manera de formalización del motivo del recurso, la pretensión que ahora exclusivamente formula la recurrente va dirigida a combatir la negativa de las sentencias de instancia a decretar la privación de la

patria potestad del padre fundada exclusivamente en padecer una drogodependencia.

Es de todo punto respetable aceptar y hacer propios los razonamientos del Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, cuando afirma que lo determinante de la privación de la patria potestad es que se haya producido un incumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la misma, lo que no ha resultado probado en ningún momento, tal como declara expresamente el Juzgado de Primera Instancia en su fundamento jurídico primero. (Por el contrario, después de afirmar que «el padre del menor ha sido consumidor de drogas, habiendo realizado programas de desintoxicación», añade que «el demandado no ha incumplido sus deberes paternos, sino en la medida que se lo ha dificultado la madre, pero sin que quede acreditado que haya sido por la propia voluntad su falta de comunicación con el menor»); y es aceptado por la Sala de apelación que, incluso, añade que el demandado «no ha realizado acto o consumo de drogas desde el día 17 de abril de 1995 ... y que el que no haya contribuido económicamente a satisfacer las necesidades del hijo no ha sido acreditado que haya sido en virtud de conducta voluntaria, sino de paro y de carencia de ingresos y propiedad de bienes».

Es decir, lo que propugna la recurrente carece de virtualidad jurídica alguna, salvo que se modifiquen los hechos probados de la sentencia recurrida y, desnaturalizándose el recurso de casación, esta Sala se convierta en una tercera instancia. Por todo lo expuesto, el motivo decae.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Quien reclama alimentos ha de probar que está desasistido del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y en determinados supuestos, de la instrucción cultural y profesional y que se halla en una situación de incapacidad total o parcial para realizar trabajos retributivos sean de tipo intelectual o manual. En consecuencia no procede fijar pensión alimenticia a un hijo de 25 años al no haber acreditado la necesidad, máxime cuando consta que trabaja en la explotación ganadera de la madre.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

ANÁLISIS DEL CASO

Doña María Juana, don Rodolfo y don José Augusto, interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía ejercitando acción de reclamación de filiación no matrimonial contra don Gerardo y, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvieron por conveniente, terminaron suplicando se dictase sentencia por la que se declarara: «1) Que los demandantes son hijos no matrimoniales del demandado, quedando establecido a todos los efectos esta filiación paterna, no matrimonial, respecto del demandado con relación a los demandantes. 2) Declarar que, en consecuencia, procede modificar los apellidos de los tres demandantes, que quedarán y se llamarán María Juana, Rodolfo y José Augusto a todos los efectos legales pertinentes; remitiéndose a los Registros Civiles correspondientes de San Emiliano y de León, donde figuran las inscripciones de nacimiento de los tres demandantes, el correspondiente oficio o comunicación para proceder a las anotaciones oportunas de dicha filiación con los cambios de apellidos mencionados. 3) Condenar al demandado a satisfacer en concepto de alimentos para su hijo José Augusto la cantidad de 75.000 pesetas mensuales, que se actualizará cada año en función de las necesidades de dicho hijo y los ingresos del demandado. 4) Condenar al demandado a pagar todas las costas del juicio». Comparecido el demandado, contestó a la demanda suplicando su desestimación.

- El Juzgado de 1.ª Instancia de Villablino dictó Sentencia el 23 de julio de 1997 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de León dictó Sentencia el 16 de julio de 1999 estimando en parte el recurso interpuesto por don Gerardo en el sentido de reducir la pensión de alimentos que allí se recoge a la suma de 40.000 ptas. mensuales.
- Don Gerardo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que dejó sin efecto el pronunciamiento sobre el pago de la pensión alimenticia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se alega la violación del artículo 135 del Código Civil por aplicación indebida, porque no existe prueba directa de la filiación, lo que entraña inaplicación del artículo 1253 del mismo Cuerpo legal. El segundo, estima violación del artículo 148 por aplicación indebida, en relación con el artículo 152.3 y 5, todos del mismo Código Civil, al declarar la obligación de dar alimentos cuando el alimentista no acredita su necesidad a un hijo que ejerce actividad. El último, estima infracción del artículo 523 LEC., en relación con el artículo 710 del mismo texto legal.

El inicial motivo, pone el acento en que no existe una sola prueba de la convivencia íntima y ello en una pequeña localidad, no existe ni una fotografía, ni una carta, y ello en una relación prolongada durante años y entiende que por vía de presunciones no puede llegarse a la conclusión de la paternidad. El motivo tiene que perecer. En estos autos ha declarado como testigo la madre de los actores y también de dos hermanos de ésta que afirman que son fruto de las relaciones extramatrimoniales con quien mantuvo relaciones íntimas hace veintisiete años. La madre que tiene otros dos hijos más, afirma que éstos no son hijos del demandado. Y si bien reconoce que no compartió casa ni convivió de forma ostensible con él, afirma las relaciones íntimas y lo mismo sostiene un hermano. El demandado negó y mantiene que ésta ha tenido relaciones con varios hombres, pero se ha negado con sus ridículos pretextos y negativas tácitas a realizarse las pruebas biológicas. Se señalaron tres días para su práctica y la última vez se le citó en el Centro más próximo a su localidad –Villablino– sin que compareciera, tratando de ampararse en su avanzada edad y su delicado estado de salud. Las resoluciones de instancia han seguido ambas la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 7/1994, de 17 de enero, y en la Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 1993 y las más recientes de 28 de marzo de 2000, 11 de marzo de 2003 y 31 de marzo de 2004. El demandado no ha acreditado que esté enfermo y menos aun que tal prueba pueda originarle perjuicio a su salud, y el motivo decae inexcusablemente.

El segundo motivo señala que el alimentante es un anciano de 82 años y el alimentista un hijo de 25 años que explota una estabulación ganadera. Tal obligación depende de la necesidad del alimentista y no existe cuando el alimentista puede ejercer un oficio, profesión o industria. No es suficiente el informe de la Guardia Civil relativo a que es soltero y carece de toda clase de recursos económicos, de ingresos y de patrimonio propio dependiendo económicamente a todos los efectos de su madre. El motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal en su informe, debe ser acogido, mucho más cuando el referido informe de la Guardia Civil afirma que madre e hijo trabajan en una explotación ganadera. Como ha recogido la Sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 2000, quien reclama alimentos ha de probar que está desasistido del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y en determinados supuestos, de la instrucción cultural y profesional y que se halla en una situación de incapacidad total o parcial para realizar trabajos retributivos sean de tipo intelectual o manual.

El tercer y último motivo, referido a las costas de primer grado, mantenidas, pese a haberse reducido la pretensión actora, en este caso reducir la cuantía de la prestación alimenticia. Como ha señalado la Sentencia de 25 de octubre de 2000, si se produce la condena del demandado en costas por estimarse totalmente la demanda, al modificarse en parte en apelación tal fallo y estimar sólo en parte la demanda, la sentencia de apelación debe hacer un pronunciamiento sobre las costas de primer grado.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Fijación de la cuantía de la pensión alimenticia en la misma cantidad que venía pagando el padre voluntariamente desde el cese de convivencia de la pareja de hecho.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 2004

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Olga interpuso demanda contra D Álvaro y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que estimando íntegramente la demanda se proceda a acordar las medidas solicitadas en el Hecho Tercero del presente escrito con imposición de costas.

⊙ Compareció el demandado con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se declare sentencia absolviéndole libremente. Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 9 de Valencia dictó Sentencia el 18 de febrero de 1997, estimando en parte la demanda y declarando: la separación de hecho de la pareja formada entre ambas partes con las siguientes medidas reguladores de la misma: 1) Se atribuye a la madre la guarda y custodia de los hijos menores, compartiendo la patria potestad ambos progenitores, estableciéndose en favor del padre el siguiente régimen de visitas, fines de semana alternos desde las 18 horas del viernes a las 21 horas del domingo, y mitad de las vacaciones de San José, Semana Santa, verano y Navidad, la primera mitad los años pares y la segunda los impares. 2) Se fija en concepto de pensión por alimentos en favor de los dos hijos menores, a satisfacerse por el padre, la cantidad de 70.000 pesetas mensuales, que serán pagaderas por meses anticipados, los cinco primeros días de cada mes, actualizándose la misma, anualmente, con arreglo al índice de precios al consumo publicado por el INE, atendiendo en todo caso a las necesidades familiares y a los ingresos del obligado al pago.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 9.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 13 de mayo de 1998 estimando en parte el recurso de apelación formulado por doña Olga, y desestimando el formulado don Álvaro, acordando las siguientes medidas: 1) Se atribuye a la madre la guarda y custodia de los hijos menores, compartiendo la patria potestad ambos progenitores, estableciéndose en favor del padre el siguiente régimen de visitas, fines de semana alternos desde la 18 horas del viernes a las 21 horas del domingo, y mitad de las vacaciones de San José, Semana Santa, verano y Navidad.- En caso de desacuerdo sobre los periodos que correspondan a cada progenitor, el padre elegirá los años pares y la madre los impares. 2) Se fija en concepto de pensión por alimentos de los dos hijos menores, a satisfacer por don Álvaro, la cantidad de 100.000 pesetas mensuales, que serán pagaderas por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que se actualizará anualmente con

arreglo a las variaciones del IPC, publicados por el INE u organismo que los sustituya. Los gastos extraordinarios de los menores serán satisfechos por mitad por ambos progenitores. Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia, ni de las causadas en esta alzada.

⊙ Don Álvaro interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Por razones de lógica y simplificación procesal que más tarde se explicitarán, será procedente el estudio conjunto de los dos primeros motivos alegados por la parte recurrente en el actual recurso de casación; el primer motivo está fundamentado en el artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que según opinión de dicha parte en la sentencia recurrida, se han quebrantado las formas esenciales del juicio al haberse infringido el principio de preclusión consagrado por constante doctrina de esta Sala; el segundo motivo está residenciado en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque asimismo en la sentencia recurrida se ha infringido la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios.

La causa del referido estudio conjunto es que ambos motivos tienen como núcleo una pretendida infracción de la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios y su extemporánea alegación de la misma por el Ministerio Fiscal en la vista de la apelación, lo que impidió, según afirmación de la parte recurrente defenderse.

Pues bien, estos dos motivos, estudiados de consuno, deben ser desestimados. Y ello es así, y siguiendo la tesis del Ministerio Fiscal que se suscribe totalmente, porque en primer lugar, la parte actora en el proceso justificó su pretensión relativa a la cuantía de la pensión alimenticia en favor de los hijos habidos en su unión extramatrimonial con el recurrente en la propia conducta de éste quien, desde la separación, había venido prestando alimentos de forma voluntaria en la cuantía finalmente ordenada por el Tribunal de apelación, extremo este que fue controvertido tanto en la instancia como en la vista de la apelación por ambas partes, no siendo por tanto una cuestión nueva que sorpresivamente apareciese por obra del Ministerio Fiscal. En segundo lugar, porque el fallo judicial en lo que respecta a la pensión alimenticia no se fundamentó realmente en la doctrina de los actos propios –constituyó ésta un argumento más– sino en el ponderado examen de los recursos económicos de ambas partes basado en el resultado de las pruebas practicadas dando así respuesta a las contrapuestas pretensiones de ambas partes sobre la cuantificación de los alimentos. Y, en lo que respecta a la posición del Ministerio Fiscal, parece desconocer el recurrente que la intervención del Fiscal no era la propia de una parte apelada pues, regido por los principios de legalidad, imparcialidad y objetividad, se sitúa en una situación equidistante entre las partes en sentido propio y le habilita, como prescribe el artículo 3.16, párrafo segundo, del EOMF para intervenir en último lugar.

El tercer motivo también lo basa la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, según afirma dicha parte, se han infringido los artículos 145 y 146 del Código Civil. Este motivo, como sus antecesores, debe ser desestimado. En efecto, afirmar como afirma la parte recurrente que la sentencia recurrida no motiva la determinación de la cuantía de los alimentos a prestar por la parte recurrente, no deja de ser una afirmación voluntarista, sin base alguna. Se dice lo anterior porque un examen de la *ratio decidendi* determina la existencia de un análisis profundo de los detalles de la capacidad económica de los padres.

Por último, como dice el Ministerio Fiscal no hay evidencia alguna que lleve a estimar que en la aplicación de los criterios establecidos en los artículos 145 y 146 CC para la fijación de la pensión alimenticia haya incurrido la sentencia en un proceder absurdo, ilógico o irracional, antes bien, se ha orientado justamente en la defensa del interés de los hijos menores que, en punto a la satisfacción de sus necesidades vitales, ha de prevalecer sobre el interés de sus progenitores.

MENORES

Vulneración del derecho al honor e intimidad de un menor por la publicación de una noticia en la que se incluyen los datos de identidad de un menor que mató a una hermanastra, ya que la publicación de tales datos constituyen una evidente desmesura informativa resultando innecesaria la identificación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Luisa interpuso demanda juicio para la protección del derecho fundamental al honor contra Ediciones Z. y don Jesús María; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase Sentencia «por la que se condene: 1) a la empresa Ediciones Z. y a don Jesús María de forma solidaria, a pagar a doña Luisa la cantidad de 5.000.000 de pesetas y a su hijo Luis Manuel la cantidad de 5.000.000 de pesetas, en concepto de indemnización por los daños producidos a ambos. 2) Al pago de las costas de este juicio.».

⊙ D. Jesús María y Ediciones Z. contestaron a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «en la que se desestime la demanda interpuesta por doña Luisa, en su propio nombre y en el de su hijo, don Luis Manuel, contra mis representados, declarándose la no vulneración de los artículos invocados 1902 y 1903 del Código Civil, absolviendo a mis representados y condenando a las costas del presente procedimiento a la demandante.».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 49 de Barcelona dictó Sentencia el 22 de abril de 1997 desestimando íntegramente la demanda.

⊙ En grado de apelación, la sec. 15.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 23 de septiembre de 1998 estimando el recurso y condenado a los demandados a pagar solidariamente al hijo de la demandante, don Luis Manuel la suma de cinco millones de pesetas y a pagar a la demandante, doña Luisa, la suma de quinientas mil pesetas.

⊙ D. Jesús María y Ediciones Z. interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La pretensión indemnizatoria de la actora se fundamenta, fácticamente, en que en las pp. 70 a 72 del núm. 944 de la Revista D. correspondiente a la edición de 30 de mayo de 1994, se recoge un reportaje con el título «El niño Luis Manuel no puede soportar los celos. Tiene 14 años y mató a su hermanastra de seis arrojándola por una alcantarilla», con mención del nombre, apellidos y datos que hacen referencia a situaciones personales de la demandante, y, jurídicamente, en los artículos 1902 y 1903 CC y 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ratificada el 30 de noviembre de 1990».

En el escrito de contestación se alega que «el reportaje dio cuenta en su día de la muerte de la niña Elena, en manos presuntamente de su her-

manastro don Luis Manuel, pasando a exponer las presumibles razones de tal acción, de acuerdo con las versiones de los vecinos del pueblo de Cenes de la Vega (Granada), quienes llegan a describir, inclusive, el carácter del menor, marcado según se dice por sus antecedentes familiares. La mención de la actora surge por tal circunstancia, en una sola referencia. Posteriormente, en fecha 8 de febrero de 1995, se dictó Sentencia condenatoria contra el menor por un delito de asesinato». Se pone de relieve que los hechos objeto de la información son de evidente relevancia o interés público, y veraces, y se añade que no se divulgan datos innecesarios y no se han podido causar graves perjuicios psíquicos y económicos dada la actual residencia de la madre y el menor en Madrid.

En el primero de los motivos se denuncia infracción del artículo 20.1.d) de la Constitución Española que reconoce y protege el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, así como de la jurisprudencia que interpreta la colisión del citado derecho con los derechos al honor, intimidad e imagen regulados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

El motivo se desestima porque los argumentos desarrollados en el mismo no desvirtúan las amplias y acertadas razones expuestas en la Sentencia recurrida.

El Juzgador *a quo* pone claramente de relieve que no se cuestiona el contenido predominantemente informativo del reportaje, ni su veracidad, ni la relevancia pública de la noticia en su conjunto, ni la posición preferente del derecho a la información frente a otros derechos fundamentales.

Por lo que respecta a Víctor Manuel aprecia violación de su derecho al honor y a la intimidad porque se le identifica con su nombre y apellidos en relación con unos hechos de especial gravedad a pesar de tener sólo catorce años. Y si bien ello ocurrió con anterioridad a la publicación de la Ley Orgánica 1/1986, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, sin embargo considera que se extralimita la libertad de información por las singulares circunstancias del caso y del sujeto, con fundamento en las numerosas disposiciones de derecho interno (artículos 10.2, 20.4 y 39.4 CE) e internacional (artículos 14 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Político de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977; artículo 16 del Convenio Europeo hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979; artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 –Reglas de Beijing–; y artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990), y Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 71/1990 y 36/1991), que exigen un especial amparo para los menores de edad.

Resulta incuestionable la exigencia de proteger a los menores de edad en casos como el presente en el que un propósito sensacionalista determina un tratamiento desmedido de una desgracia familiar de tanta gravedad como la de autos, tanto más que la relevancia pública del asunto es más bien relativa, y que la libertad de información se corresponde con la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública sobre asuntos de interés general. La mención repetida de los datos de identidad del menor, unido a su calificación como chico desobediente y conflictivo y la referencia a haber matado a su hermanastra, constituye una evidente desmesura informativa, resultando absolutamente innecesaria la identificación, como también ocurre con la inclusión de la fotografía del mismo que figura en el reportaje aunque se le hayan tapado los ojos con una franja blanca. Tal forma de publicación es totalmente negativa para la integridad moral y formación de los menores, contraviniendo la exigencia constitucional de protección de la juventud y de la infancia (artículo 20.4), y perjudicial para la readaptación social, por lo que resulta totalmente acertada la argumentación de la resolución impugnada que se asume por remisión.

También se acepta la apreciación de intromisión en la intimidad en lo que respecta a doña Luisa. La divulgación de su situación personal, aunque sea cierta y conocida en su entorno, resulta innecesaria para el reportaje y afecta al ámbito privado de su intimidad. Reiteradamente se viene declarando por el Tribunal Constitucional y por esta Sala que la esfera privada incluye las circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen el respeto de todos y la protección frente a la indebida publicación de hechos particulares y familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos. Por consiguiente, no cabe divulgar aspectos de la intimidad, aunque sean ciertos, pertenecientes al ámbito que la persona mantiene reservado, y que además no aportan nada importante a lo que pueda tener de interés público el reportaje. El que la situación personal de la madre del menor pueda aumentar el interés o emoción de un público ávido de este tipo de noticias o alimentar en cierta medida el tratamiento sensacionalista, en absoluto justifica su divulgación con amparo en la libertad de información, la cual no da cobijo a todo aquello que innecesariamente mortifica o agrava el dolor de las personas afectadas

por una tragedia familiar como la que dio lugar al reportaje periodístico.

En el motivo segundo se alega infracción del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

El motivo se desestima porque en la perspectiva de que la acción ejercitada se fundamentó en los artículos 1902 y 1903 CC el tema del *quantum* indemnizatorio no es susceptible de revisión casacional, salvo que sea notoriamente desproporcionado, apreciación esta que no cabe efectuar en el caso, al menos en cuanto a la alegación que entiende excesivo su importe, porque las sumas fijadas son evidentemente módicas. Por lo que hace referencia a la perspectiva del artículo 9 LO 1/1982, que es el precepto que se aplica por la resolución de instancia, tampoco se aprecia infracción alguna porque en la misma claramente se especifica haber tomado como pautas la naturaleza y gravedad de los hechos imputados al menor, su condición de tal y la amplia difusión de la revista don en toda España (FJ 7, párrafo segundo), así como el menor alcance del perjuicio causado a la madre y su efecto reflejo respecto del ocasionado al menor (FJ 8, párrafo último), por lo que no se observa conculcación de los criterios legales a que se refiere el apartado 3 del citado artículo, resultando evidentemente módicas, como se dijo, las cantidades concedidas, especialmente la de la madre, que roza el simbolismo, hasta el punto de que un importe inferior incluso podría contradecir «la presunción del perjuicio» que establece el inciso primero del antedicho apartado legal, contrariando de tal modo la doctrina jurisprudencial que rechaza las indemnizaciones del tal índole.

MENORES

Para fijar las visitas entre abuelos y nietos, no cabe reducir la relación personal que se menciona en el artículo 160 del CC a un mero contacto durante un breve tiempo como pretende la madre y nada impide que pueda comprender «pernoctar en casa o pasar una temporada» con los mismos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Luis Andrés y doña Celestina interpusieron demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía contra doña Alicia solicitando la adopción de las siguientes medidas definitivas: «Que se permitan a los abuelos paternos don Luís Andrés y doña Celestina disfrutar con los niños Carlos y Donato de los fines de semana así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, estas últimas alternativamente a elección de la madre». Dichos menores son hijos del matrimonio formado por la demandada y, el hijo de los actores, don Juan Pedro, el cual se separó judicialmente de su esposa el 14 de noviembre de 1995, falleciendo el día 15 de diciembre siguiente.

⊙ Doña Alicia 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 desestimando la demanda y estimando lo solicitado por esta representación, establezca siempre que no resulte perjudicial para los menores, que los actores puedan visitar a sus nietos y tenerlos en su compañía domingos alternos desde la 17,00 horas hasta las 20,30 horas del mismo día, recogiendo los abuelos a los niños en el domicilio familiar y reintegrándolos posteriormente al mismo, suspendiéndose este régimen en los períodos de vacaciones escolares en que la madre y sus hijos se encuentran fuera del domicilio habitual, y todo ello con expresa imposición de costas a los demandantes.».

⊙ El Ministerio Fiscal, presentó escrito contestando a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia conforme el resultado probatorio.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 22 de Madrid dictó Sentencia el 28 de abril de 1997 estimando parcialmente y declarando el derecho de los actores a relacionarse personalmente con sus nietos, Donato y Carlos, estableciendo al efecto el siguiente régimen de visitas que deberá ser respetado y propiciado por la Sra. Alicia: «El régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos con sus nietos menores de edad, Donato y Carlos será el que libremente concierten aquéllos con doña Alicia y solo en caso de desacuerdo se concretarán en que puedan tenerlos en su compañía un fin de semana al mes, con pernocta, -comenzando por el inmediato posterior a la notificación de la presente resolución- desde las 18 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo, una de las fiestas de Navidad, entendiendo por tal la Nochebuena y el día de Navidad, o Nochevieja y el día de Año Nuevo, o la noche y el día de Reyes, tres días en Semana Santa y quince días seguidos en verano, eligiendo estos períodos la madre. El régimen de estancias de un fin de semana al mes quedará en suspenso durante la totalidad de las vacaciones de verano. La recogida y entrega de los menores se efectuará en un honorario que no altere su ritmo de vida y en el domicilio del progenitor custodio (la madre). No se hace un especial pronunciamiento en costas».

⊙ En grado de apelación la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 15 de enero de 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Alicia indicando como argumentos determinantes: el beneficio de los menores; la relación anterior de éstos con los abuelos antes de la muerte del padre, pues el nieto mayor pasaba días completos con ellos; que debe mantenerse una relación familiar fluida al no desprenderse del régimen acordado factor negativo y pernicioso para los menores; y sin que el reconocido se equipare por su extensión a los determinados en procesos matrimoniales en circunstancias normales.

⊙ Doña Alicia interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó que por el Juzgado de 1ª Instancia se establezca el régimen de visitas –relación personal– de los abuelos con los nietos Donato y Carlos prevaleciendo el principio de interés o beneficio de los menores, y teniendo en cuenta las líneas generales expresadas en la presente resolución, con previa audiencia de dichos menores, los abuelos, la madre y el Ministerio Fiscal.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se denuncia infracción por interpretación errónea del artículo 160, párrafo segundo, del Código Civil. En el cuerpo del motivo se razona, en síntesis, que no se discute el derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos, pero se discrepa del régimen establecido, que se opone, a juicio de la parte recurrente, al término legal «relación», que nunca puede comprender el pernoctar en una casa o pasar una temporada conviviendo con otras personas, y a la jurisprudencia representada por las Sentencias de 17 de septiembre y de 11 de junio de 1996. La problemática jurídica que plantea el motivo presenta dos perspectivas –la del momento de presentarse la demanda y la actual–, las cuales, ambas, deben ser examinadas para la resolución del recurso.

Por lo que respecta a la primera procede significar que, aun cuando no se suscribe totalmente la interpretación general que sostiene la parte recurrente, se acepta en parte su planteamiento concreto. El artículo 160 CC establecía en su párrafo segundo (redacción por Ley 21/1987, de 11 de noviembre) que «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes allegados». No suscitaba polémica la apreciación de que entre los parientes se comprendían los abuelos, e incluso con un carácter privilegiado, y, quizás por esto –para resaltar tal aspecto–, y a pesar de no haber lugar a la duda, la Ley 42 de 2003, de 21 de noviembre, incluyó expresamente, junto a «y otros parientes y allegados», a los abuelos (como ya lo habían hecho otros Códigos, como el de Familia de Cataluña –artículo 135, Ley 9/1998, de 15 de julio–, el Code Civil Francés –artículo 371.4, debido a las Leyes 4 de junio de 1970 y 22 de enero de 1993–, o el BGB –§ 1.685, redactado por Ley 1 de julio de 1998–). Resulta de interés el comentario anterior, porque, si bien la expresión «relaciones personales» que empleaba, y sigue empleando el precepto, adolece de una evidente vaguedad, y se presta el debate, sin embargo, habida cuenta lo

dicho, permite una evidente flexibilidad al Juez para emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las circunstancias del caso, y siempre claro está teniendo en cuenta el interés superior del menor, que constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos cuando se resuelven cuestiones que afectan al mismo (artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990; artículo 2.º Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; SSTC 124/2002, de 20 de mayo, y 221/2002, de 25 de noviembre). Con arreglo a lo expuesto, los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular, y, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determinan que aquélla pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio no cabe reducir la «relación personal» a un mero contacto durante un breve tiempo como pretende la parte recurrente, y nada impide que pueda comprender «pernoctar en casa o pasar una temporada» con los mismos. La alegación de la recurrente no tiene apoyo legal, pues en absoluto se afecta al ejercicio de la patria potestad, ni tampoco sustento jurisprudencial, y aunque en el recurso se citan las Sentencias de esta Sala de 11 de junio y 17 de septiembre de 1996, ni en ellas, ni en otras dictadas en la materia (7 de abril de 1994, 11 de junio de 1998, 23 de noviembre de 1999, 3 de mayo de 2000), se establece la doctrina que se dice en el recurso, aunque sí se reitera el principio de primacía del interés del menor, e incluso en la Sentencia de 11 de junio de 1996 (citada en el motivo) se dice (FJ 6) que procede «ordenar que sea oído, para que tras el examen de cuestión exprese sus opiniones en cuanto a sus relaciones con los abuelos y deseos personales de visitarlos o pasar algún fin de semana o periodo vacacional, pernoctando incluso en su domicilio con ellos, sin perjuicio del ejercicio de la patria potestad que tiene que compatibilizarse con estas relaciones y régimen de visitas»; a todo lo que aún cabe añadir que el legislador reciente (Ley 42/2003, de 21 de noviembre) ha venido a compartir la orientación del Tribunal Supremo, como lo revelan los artículos 90.B), 94, párrafo segundo, y 161 (para el menor acogido) CC en los que se hace referencia a «régimen de visitas y comunicación».

Teniendo en cuenta la doctrina anterior, y las circunstancias concurrentes en el menor Donato, que tenía al tiempo de la demanda casi siete años y ya había pernoctado en casa de sus abuelos con anterioridad, se considera correcto el régimen jurídico de vistas –«relación personal»– respecto de los abuelos establecido en la sentencia recurrida. Por el contrario, en lo que se refiere al otro nieto, Carlos, de sólo catorce meses de edad al tiempo de la demanda y diecisiete meses al tiempo de la Sentencia del Juzgado, el sistema establecido no es el adecuado, de modo que a una tan corta edad no resulta oportuno una pernocta –hacer noche– lejos de la madre, o sin consentimiento de ésta.

La exposición anterior resulta ineludible para dar respuesta al recurso, pero el interés público de la materia en relación con la actual edad de los menores requiere otra apreciación trascendente –decisiva– para la resolución del asunto. Y es que, teniendo en cuenta esta edad y la normativa antes expuesta (Convención Internacional de 1989, y artículo 9 Ley 1/1996 –al que incluso se le reconoció eficacia retroactiva en SS. de 17 de septiembre de 1996 y 23 de noviembre de 1999–), el régimen de visitas precisa de la audiencia de los dos menores (el mayor de ellos ya debió ser oído por la Audiencia Provincial antes de dictar Sentencia) que no puede obviarse sin incurrir en denegación de la tutela judicial efectiva (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 178/2003, de 13 de octubre; 71/2004, de 19 de abril). Por consiguiente procede acordar que en ejecución de sentencia, con audiencia de los interesados, de los menores y del Ministerio Fiscal, se establezca un régimen de visitas entre los abuelos y nietos, que puede ser el mismo hasta ahora establecido u otro diferente, debiendo ponderarse la razonabilidad de las opiniones de los menores, lo que no significa que quepa identificar lo expresado por ellos con su interés (ATC 1056/1987), pues en todo caso debe prevalecer el beneficio de los mismos en orden a su formación integral e integración familiar y social.

Los motivos segundo y tercero se desestiman porque, aparte de lo anteriormente expuesto, en absoluto se perturba el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves períodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos, sin que exista base fáctica alguna en la Sentencia recurrida, ni se haya suscitado cuestión alguna al respecto en el recurso por el cauce casacional adecuado, de la que resulte alguna circunstancia en cuya virtud aquella relación o visitas pueda perjudicar o afectar negativamente a los menores.

Por lo expuesto se declara haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la Sentencia recurrida y revocando la del Juzgado de 1ª Instancia, debiendo acordarse lo procedente con arreglo a lo razonado en el fundamento segundo de esta resolución. No se hace especial imposición de las costas causadas en ambas instancias, y cada parte debe pagar las suyas en cuanto a las de la casación, debiendo devolverse el depósito a la parte recurrente. Todo ello de conformidad con los artículos 1715.1.3.º, 523, párrafo segundo, 710, párrafo segundo, 1715.2 y 1715.3 *a contrario sensu*, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

MENORES

Vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar de un menor al haberse publicado en un diario una noticia sobre su detención haciendo constar su nombre y apellidos e informando que estaba acusado de una agresión sexual a una joven de 19 años, relatando el modo en que sucedieron los hechos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El diario D., en su edición correspondiente al día 20 de abril de 1993, publicó, a partir de una nota de prensa facilitado por el Gabinete establecido al efecto en el Departamento de Protección Ciudadana, la noticia de la detención del hijo del actor, de 11 años de edad, del que constaba el nombre y dos apellidos, acusado de agresión sexual a una joven de 19 años, relatando el modo de suceder los hechos.

⊙ D. Iván interpuso demanda mediante incidente de protección de la intimidad contra don Pedro Enrique en su calidad de Director del Diario don y contra la Editorial D., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: se dicte en su día sentencia por la que se declare: A) Que con la publicación y difusión de la noticia se ha infringido por los demandados el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor Lucas consagrado en el artículo 18 de la Constitución Española, y B) La obligación de indemnizar ambos demandados de forma solidaria a Lucas en la cantidad que se establezca en período probatorio o en ejecución de sentencia.

⊙ Comparecieron los demandados contestando a la demanda suplicando: dicte en su día sentencia por la que con estimación de la excepción invocada, se declare no haber lugar a la estimación de la demanda o en su caso, se rechace la pretensión ejercitada por el demandante, declarando la libre absolución de mis representados, con expresa condena en costas a aquella parte. El director del periódico no compareció en tiempo y forma y fue declarado en rebeldía. Compareció también el Ministerio Fiscal interesando se dictara sentencia.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 11 de Bilbao dictó Sentencia con fecha 6 de febrero de 1996 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Vizcaya dictó sentencia el 15 de octubre de 1998, cuyo fallo es el siguiente: «Fallamos: Estimando el recurso interpuesto por la representación de don Iván frente a la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 11 de los de esta villa, en autos de protección de derechos fundamentales, menor cuantía, seguidos al núm. 36/1995, rollo de Sala núm. 256/1996, debemos revocar y revocamos dicha sentencia declarando que con la publicación y difusión de la noticia de autos, los demandados han infringido el derecho a la intimidad personal y familiar del menor, hijo del actor por lo que le deberán indemnizar en la cuantía de 250.000 pesetas, más los intereses legales del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la sentencia de primera instancia. Procede imponer a los demandados las costas de la primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre las de esta alzada».

⊙ La Editorial don interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en el sentido de que el pago de indemnización sería solidario entre los demandados.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los dos primeros motivos se formulan al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero, por infracción del artículo 20.1.d), en relación con el artículo 18.1, ambos de la Constitución Española y la jurisprudencia de esta Sala y doctrina del Tribunal Constitucional aplicables. El segundo, también por infracción del artículo 20.1.d) de la Constitución Española.

Alegan los recurrentes, la protección constitucional de la información veraz, de interés público, plasmada en reportaje neutral y la concurrencia de publicidad o notoriedad sobrevenida.

Como expresa, en defensa de la legalidad, el Ministerio Fiscal, la cuestión litigiosa se relaciona exclusivamente con los límites del derecho a la libertad de información cuando ésta afecta a la intimidad de un menor, y se ejercita con la identificación completa, con nombres y apellidos, de un niño.

En la época en que se produjo el suceso, como en la posterior a partir de la entrada de la vigente Ley del Menor, un niño de 11 años de edad, carece en absoluto de capacidad delictiva alguna y el Tribunal Constitucional ha proclamado una doctrina conforme a la cual el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal «parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambos menores», incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral (Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de julio de 1999).

Por todo lo expuesto, aparece razonable la ponderación contenida en la sentencia recurrida y procede la desestimación de los motivos esgrimidos.

En auto aclaratorio de la sentencia recurrida, por la propia Audiencia Provincial de Bilbao, se acuerda la responsabilidad mancomunada de las dos entidades demandadas para el pago de la indemnización señalada.

El tercer motivo se formula al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 20.1.d) de la Constitución Española, en relación con el artículo 65.2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta y la jurisprudencia de esta Sala y doctrina del Tribunal Constitucional aplicables.

Sostiene la recurrente que, conforme al precepto legal y doctrina y jurisprudencia aplicable, la responsabilidad indemnizatoria es de carácter solidario y no de carácter mancomunado como acuerda el auto aclaratorio de la sentencia impugnada.

Las Sentencias 171 y 172/1990, de 12 de noviembre, del Tribunal Constitucional, declaran lo siguiente, de interpretación y aplicación obligada para los Tribunales de la jurisdicción ordinaria: el artículo 65.2 de la Ley de 1966, no es incompatible con la libertad de expresión y el derecho a la libre información, reconocida en el artículo 20.1 de la Constitución Española, porque la responsabilidad civil solidaria del director del medio y del editor se justifica en su respectiva culpa, ya que ninguno de ellos son ajenos al contenido de información y opinión que el periódico emite; el director tiene el derecho de veto sobre ese contenido y a la prensa editora le corresponde la libre designación. Ello implica que se determinan una responsabilidad solidaria y no mancomunada entre los autores y editores de la publicación ilícita, como dictamina el Ministerio Fiscal.

Por lo expuesto el motivo tiene que ser acogido, con asunción de la instancia por la Sala para dictar lo procedente en el extremo referido de la concurrencia de responsabilidad solidaria.

MENORES

Inexistencia de intromisión ilegitima en el derecho a la intimidad personal y familiar por la captación de imágenes de una madre y sus hijos por un detective privado tras el encargo realizado por el padre que presumía la existencia de irregularidades en el cuidado y vigilancia de los mismos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

ANÁLISIS DEL CASO

El 5 de octubre de 1994, Adolfo, separado de su esposa la demandante por sentencia de 1 de septiembre de 1994, contrató los servicios del detective don Gonzalo para que realizara un servicio técnico de observación sobre doña Lourdes y sus hijos por presumir irregularidades en el cuidado y vigilancia de los mismos. Dicho servicio comenzó en noviembre de 1994, siendo el último informe unido a los autos de 16 de marzo de 1995; el servicio se realizó por sistema de grabación continua con cámara y video. Desde la parte trasera de la vivienda de Adolfo se divisa perfectamente la vivienda de doña Lourdes sita en la misma calle. La cámara de vídeo empleada en la investigación se ubicó en una de las ventanas traseras de la vivienda del señor Adolfo enfocando directamente la vivienda de la actora y sus hijos, captando las personas que entran y salen de la vivienda, si lo hacen o no acompañados.

Doña Lourdes interpuso demanda de protección del derecho al honor contra don Adolfo, don Gonzalo e Investigaciones P. alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que «I. Se declarare: a) Que los demandados por las actuaciones referidas en el cuerpo de esta escrito, han cometido una intromisión ilegítima en el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de la demandante Doña Lourdes. b) Que esta injerencia en derechos tan fundamentales le ha ocasionado a la misma graves daños morales, de los cuales debe ser indemnizada económicamente. II. Se condene a los demandados: a) A estar y pasar por las precedentes declaraciones. b) A que cese definitiva e inmediatamente la intromisión ilegítima adoptándose las medidas preventivas de ulteriores intromisiones que el tribunal estime oportunas como el secuestro, entrega o destrucción de las cintas de vídeo ilícitamente grabadas, o que se conmine a los demandados a no reproducirlas. c) A indemnizar conjunta y solidariamente a mi representada, en concepto de reparación, por el evidente daño moral que su intromisión ilegítima le ha ocasionado, en la suma que el Juzgado determine, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida. d) Y al pago de todas las costas del proceso».

Don Gonzalo, contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que: «... se absuelva a don Gonzalo, y a Investigaciones P., de las pretensiones de la actora, Doña Lourdes, en el Procedimiento Incidental, núm. 277/95, esto es de no existir intromisión ilegítima sin que por ello deba ni destruirse las cintas de videograbación, ni secuestro ni entrega, ni a indemnizar en ninguna cantidad a la actora por no existir intromisión ilegítima, y se condene al pago de todas las costas a la parte actora».

Don Adolfo, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que: «... se absuelva a mi representado de la demanda, y con imposición de las costas a la actora».

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Lliria dictó Sentencia el 27 de marzo de 1996 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 28 de mayo de 1998 desestimando el recurso interpuesto por la actora.
- Doña Lourdes interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero del recurso denuncia aplicación indebida del artículo 7, apartado 5, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en relación con los artículos 101 y 102 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, en conexión con los artículos 10, 18 y 20.4 de la Constitución Española.

La jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 30 de noviembre de 1992, 2 de diciembre de 1996 y 12 de junio de 1999) ha venido admitiendo como medios probatorios las cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual , y hoy el artículo 382 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil regula, entre los medios de prueba, «la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes», e igualmente admite estos medios de prueba el artículo 299.2 de esta Ley. De ahí la licitud de la obtención de estos medios de prueba siempre que esa abstención no se haya realizado en forma contraria a Derecho o con vulneración de los derechos fundamentales de las personas a que tales grabaciones o filmaciones se refieran, y de ahí que el artículo 102 del Real Decreto 2364/1994 ponga como límite a la actuación de los detectives privados el que «en ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios personales o técnicos que atenten contra la derecho al honor, intimidad personal o familiar, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones» (artículo 102). En el caso, las imágenes han sido captadas, que no reproducidas ni publicadas, en la calle, como ponen de manifiesto ambas sentencias de instancia, recogiendo la entrada y salida de la vivienda de la actora-recurrente y de sus hijos y otras personas no identificadas; si bien el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 considera intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de una persona, su captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, el propio artículo 7.5 se cuida de excepcionar los casos previstos en el artículo 8.2 de la Ley. Respecto a la enumeración de los supuestos de excepción recogidos en el artículo 8.2, tiene declarado esta Sala –sentencias de 28 de diciembre de 1996 y 25 de septiembre de 1998– que sus apartados son meramente enumerativos y no puede considerarse relación exhaustiva y cerrada a cualquier otra excepción que proceda según las circunstancias del caso.

Es deber de los padres el de velar por sus hijos sujetos a la patria potestad (artículo 154.1.º del Código Civil), deber que no cesa por la atribución de la guarda y custodia al otro padre en proceso matrimonial; por ello, la adopción por el progenitor separado de sus hijos de medidas dirigidas a comprobar que estos hijos se encuentren correctamente atendidos por aquél a cuya guarda y custodia han sido confiados, medidas como son las aquí controvertidas, encuentran plena justificación ya que, en otro caso, el padre o madre separado de sus hijos se vería imposibilitado de cumplir con ese deber impuesto por la patria potestad de la que no ha sido privado e incluso, caso de tener que acudir a los tribunales para impetrar las medidas necesarias para el correcto cuidado de los menores, se vería impedido de utilizar medios de defensa legalmente admitidos.

En aplicación de lo expuesto, atendidos el lugar en que fue captada la imagen de la actora y la finalidad perseguida por quien ordenó esa captación ha de entenderse que no se ha infringido por la sentencia recurrida el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, en conexión con los demás preceptos que se citan en el motivo que se desestima.

El motivo segundo denuncia infracción del artículo 7, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica 1/1982, en relación con los artículos 101 y 102 del Reglamento de Seguridad Privada y artículos 10, 18 y 20.4 de la Constitución.

Dice la Sentencia de 22 de diciembre de 2000 que «el concepto de intimidad personal no puede enmarcarse en una definición que precise detalla-

damente su alcance, como ha acreditado esta Sala de Casación Civil (Sentencia de 13 de marzo de 1989) pero necesariamente ha de tenerse en cuenta que conforma patrimonio personal que abarca lo que entra en el propio ámbito y hace necesario relacionar la cuestión con lo que constituye el espacio vital de cada uno sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que constituye su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas, salvo que medie autorización libremente practicada, en cuyo supuesto el círculo se abre y la intimidad se comunica, y como es lógico no es la misma para todos, ya que cada persona tiene su propia intimidad, que actúa como privacidad en exclusiva, a la que acompaña la condición de ser excluyente por mandato constitucional».

El supuesto enjuiciado, la captación de la imagen de la recurrente en la forma y lugar dichos, no implica invasión alguna a la intimidad de la misma, no constituye injerencia en ese ámbito reservado e íntimo de la persona, por lo que es ajustada a derecho la sentencia recurrida al desestimar la pretensión actora. Decae así este segundo motivo.

UNIONES DE HECHO

Admisibilidad de que en el procedimiento para regular las consecuencias de la extinción de una pareja de hecho pueda pronunciarse el Tribunal sobre la división de la vivienda familiar estableciendo incluso las cuotas que corresponden a cada uno de los convivientes en el pro indiviso, sin que sea obstáculo para ello que en el Registro de la Propiedad figure inscrito sin establecer dichas cuotas.

No existe posibilidad casacional de alterar el conjunto de apreciación de prueba contenido con argumentación razonable en la sentencia en la que tras valorar las circunstancias y el resultado de la prueba se inclina a conceder la guarda y custodia de las dos hijas al padre.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Maribel y don Carlos Antonio iniciaron su convivencia en el año 1979, existiendo de dicha unión dos hijas, Juana y Esperanza, nacidas respectivamente, el 28 de agosto de 1980 y el 8 de octubre de 1987.

⊙ Doña Maribel interpuso demanda de reclamación de guarda y custodia, pensión alimenticia y otras contra don Carlos Antonio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: «... se acuerde dictar sentencia declarando que: 1.º Las hijas habidas de la unión extramatrimonial entre doña Maribel y don Carlos Antonio, Juana y Esperanza, quedarán bajo la guarda y custodia de la madre. 2º. El padre podrá tener consigo a las hijas los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana, la mitad de los períodos vacacionales y un amplio régimen de visitas intersemanal en el que las hijas podrán pernoctar en el domicilio del padre siempre que así lo deseen y no perjudique sus actividades escolares. 3º. La atribución del domicilio familiar, sito en Sant Joan Despí, a la madre y las hijas o en otro caso la disolución de la comunidad, procediéndose a la venta de la vivienda propiedad de ambos padres, repartiéndose su precio entre ambos por mitad. 4.º El padre deberá abonar mensualmente la cantidad de 30.000 pesetas para cada una de las hijas, que ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la libreta o cuenta que a tal efecto señale la madre. Asimismo, se solicita que se haga cargo de los gastos escolares de la hija mayor, Juana, la cual cambió de centro escolar a instancia del padre. Dicha cantidad deberá actualizarse anualmente de acuerdo con el índice de precios al consumo de Catalunya».

⊙ El demandado contestó a la demanda y al mismo tiempo formuló reconvención terminando al Juzgado: «... se sirva dictar sentencia en los siguientes términos: 1.º Estimación de la excepción procesal perentoria. Sea estimada la excepción procesal perentoria planteada por esta representación y por consiguiente sea declarada improcedente la pretensión de la actora sobre disolución del régimen de copropiedad de la vivienda familiar, de la que es copropietaria, por no haber planteado debidamente la oportuna acumulación de acciones. 2.º Guarda y custodia. Sea otorgada la guarda y custodia de las hijas habidas de la unión matrimonial, Juana y Esperanza, al padre don Carlos Antonio. Principalmente atendiendo al interés y beneficio de las menores ya que, prácticamente tienen todas sus pertenencias en la vivienda familiar hecho que indica que la mayor parte del tiempo lo pasan con el padre. 3.º Régimen de visitas. Sea fijado un amplio régimen de visitas para la madre, consistente en: fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana. La mitad de todos los períodos vacacionales y un régimen de visitas intersemanal que las propias hijas fijen según su conveniencia, como lo vienen haciendo hasta la fecha, siempre y cuando no se vean perjudicadas sus actividades escolares. 4.º Pensión de alimentos. La madre deberá abonar mensualmente al padre 15.000 pesetas en concepto de alimentos para cada una de las hijas, cantidad que deberá ingresar en los cinco primeros días de cada mes en la libreta o cuenta que el padre señale a tal efecto. La expresa cantidad será revalorizable anualmente a tenor de los índices del IPC publicados por el INE u Organismo que lo sustituya. 5.º Gastos escolares. Mostramos nuestra conformidad en cuanto a que el padre continuara haciéndose cargo, como lo ha hecho siempre, de los gastos escolares y extraescolares de la hija mayor, Juana, la cual cambió de centro escolar, por deseo propio. 6.º Uso de la vivienda familiar. Esta representación solicita que sea don Carlos Antonio quien siga ocupando la mencionada vivienda, por representar el interés más necesitado de protección».

⊙ Por doña Maribel contestó a la demanda reconvencional suplicando al Juzgado: «... dicte sentencia de conformidad con el suplico de la demanda formulada por esta parte y desestime la demanda reconvencional, con expresa condena en costas».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Sant Feliú de Llobregat dictó Sentencia el 29 de septiembre de 1997 estimando íntegramente la demanda promovida por doña Maribel y desestimando, en consecuencia, la demanda reconvencional implícitamente planteada por don Carlos Antonio.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 2 de marzo de 1998 estimando el recurso interpuesto por don Carlos Antonio y desestimando la demanda principal excepto en cuanto a la acción de división de finca común, estimó totalmente la reconvención excepto en cuanto a la oposición a dicha acción de división declarando el derecho de la demandante a hacer efectiva la división de la copropiedad de ambos litigantes sobre la finca que fue hogar familiar, a efectuar en ejecución de sentencia, fijando la cuota de la demandante en 1/12.ª parte del precio total y la del demandado en 11/12.ª restantes. Igualmente estableció las siguientes medidas: 1º. Se concede la guarda y custodia de las hijas comunes de los litigantes Juana y Esperanza a su padre don Carlos Antonio a favor de los cuales se atribuye el uso de la vivienda que fue familiar. 2.º Se concede a la madre doña Maribel el régimen de visitas que se especifica en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia. 3.º Se declara el derecho de la actora a hacer efectiva la división de la copropiedad de ambos litigantes sobre la finca que fue hogar familiar en la forma y condiciones y efectos establecidos en el fundamento séptimo de la presente sentencia y para el trámite de ejecución de la misma. 4.º Se dejan sin efecto las medidas cautelares o provisionales adoptadas durante la pendencia de este procedimiento sea cual sea el estado procesal en que se hallen. Todo ello sin hacer imposición de costas de ninguna instancia por la naturaleza del pleito.

⊙ Doña Maribel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo se formula por infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española. Sostiene la recurrente que la sentencia apelada excede de lo solicitado por las partes procediendo a declarar el derecho de la actora a hacer efectivo la división de la copropiedad sobre la finca que fue hogar familiar, estableciendo la cuota a la que se ha hecho referencia, y sostiene a tal efecto, que no se había cuestionada en la tramitación de la demanda y la reconvención la cuota por mitad a su favor sobre dicha finca. El motivo no puede ser atendido, pues en el período de prueba, se practicó la necesaria para la determinación de hecho que ha tenido en cuenta la división de la cosa común la sentencia impugnada; y no puede estimarse incongruente la sentencia que dicta menos de lo pedido; en este caso que da lugar a la división de la cosa común interesada por la demandante, con menor cuota de la pretendida en la demanda y que no ha resultado acreditada en tal cuantía durante el período prueba, según las respectivas aportaciones para el pago del principal (en el que no figura aportación alguna de la actora) y del préstamo hipotecario (en el que figura la aportación por mitad del préstamo a cargo de la demandante).

El segundo motivo se formula al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Sostiene la recurrente que el precepto legal citado establece a todos los efectos que se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo. Si bien es cierto que la taxatividad referida opera frente a terceros, no ampara la realidad existente entre las partes cotitulares que conocen la realidad extraregistral. Por lo que en atención a lo expresado para la desestimación del anterior motivo, procede la desestimación de éste.

En otro de los motivos se alega la infracción del artículo 92 del Código Civil, que establece que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años, procurando no separar a los hermanos. Pretende la recurrente, que la Sala atribuye la guarda y custodia al padre, haciendo caso omiso a la voluntad manifiesta de una de las hijas de vivir con la madre, lo cual no entraba en contradicción por lo expresado por la menor de ellas. No existe posibilidad casacional de alterar el conjunto de apreciación de prueba contenido con argumentación razonable en la sentencia impugnada sobre que el conjunto de circunstancias y el resultado de la prueba inclina a conceder la guarda y custodia de las dos hijas al padre demandado; y no es indiferente recordar la indeterminación de las exploraciones habidas, los informes del colegio común y la cercanía del colegio al hogar familiar a cargo del demandado.

INCAPACIDAD

Desestimación de la declaración de incapacitación absoluta que se sustituye por una incapacidad relativa para la que es suficiente el régimen protector de la curatela.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El Fiscal promovió declaración judicial de incapacidad respecto de don Simón, nacido el 11 de octubre de 1957, el cual, según se afirma, presenta una oligofrenia con personalidad psicopática que le imposibilita para el gobierno de su persona y bienes.

⊙ Doña Dolors, Abogada y nombrada Defensora Judicial de don Simón, 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 declare la Incapacidad Parcial de don Simón, de acuerdo con el artículo 210 del Código Civil, nombrando a la Fundación G. como curador, que deberá asistir y autorizar a don Simón en los siguientes actos: 1) Para enajenar y gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios o celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción. 2) Administrar o realizar operaciones u oros actos mercantiles en los que se decida grandes cantidades de dinero como depósitos bancarios, pudiendo sacar todas aquellas cantidades para su consumo y necesidades cotidianas sin autorización».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Lleida dictó Sentencia el 4 de febrero de 1999 estimando la demanda interpuesta declaró a todos los efectos procedentes en derecho, que Simón, que carece de familiares, nacido el día 11 de octubre de 1957, es totalmente incapaz para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes, y administrar sus bienes, y procédase a la constitución de la tutela y a cuanto sea menester hasta que el tutor llegue a tomar posesión del cargo.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Lleida dictó Sentencia el 17 de mayo de 1999 desestimando el recurso interpuesto por la defensora Judicial de don Simón.

⊙ La defensora Judicial de don Simón interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien declaró la incapacidad parcial o relativa de don Simón, acordando la protección legal de la curatela, cuya constitución deberá tener lugar conforme a la ley en ejecución de Sentencia. Igualmente determinó la extensión y límites de la curatela en el sentido de exigir la asistencia y autorización para los actos consistentes: A) Enajenar y gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, celebrar contratos y realizar actos susceptibles de inscripción; y B) Administrar o realizar operaciones u otros actos en los que se impliquen grandes cantidades de dinero, pudiendo disponer de todas aquellas cantidades normales para su consumo y necesidades cotidianas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

De la documental acompañada con la demanda resultan como aspectos más importantes que el incapacitando está internado en el Centro Asistencial Sant Joan de Deu de Almacelles (Lleida), carece de parientes próximos, y está afecto de una oligofrenia leve, con un cociente intelectual de setenta y ocho (Solicitud de incapacitación del Director del Centro, Informe de la Asistenta Social, e Informe del Médico-Psiquiatra). El padre del mencionado le dejó instituido heredero universal, estableciendo en el testamento que, para el caso de que se declarase la incapacidad de su hijo, nombra tutor del mismo a quién ostente la representación del Centro de la Fundación Tutelar «Hermano Tomás Canet», dependiente del Centro Asistencial «San Juan de Dios» de Almacelles (Lérida).

Por la Defensora Judicial nombrada al efecto, y con base en las razones que expone, considera que debe declararse sólo la incapacidad parcial, nombrando curador a la Fundación Germá Tomás Canet, que deberá asistir y autorizar a don Simón en los siguientes actos: A) Para enajenar y gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios o celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción. B) Administrar o realizar operaciones u otros actos mercantiles en los que se decida grandes cantidades de dinero como depósitos bancarios, pudiendo sacar todas aquellas cantidades para su consumo y necesidades cotidianas sin autorización.

De la prueba testifical resulta de interés recoger «que don Simón sabe escribir; hace desplazamientos a Lérida para disfrutar del tiempo libre; y que conoce el valor del dinero, pero que a la hora de administrar grandes cantidades tendría dificultades para hacerlo, igual que las tendría para temas burocráticos; en el acta de exploración judicial no se recoge ninguna apreciación útil al fin del precepto; y en el informe médico-forense se indica que no conoce la fecha actual ni la de nacimiento, de tres palabras que se le dicen repite sólo dos, no sabe contar dinero, ni contar en general, no sabe leer ni escribir, y no sabe resolver las pruebas de juicio y raciocinio; y se sientan las siguientes conclusiones:

a) El paciente sufre un cuadro de retraso mental ligero o leve; b) Se trata de una patología crónica e irreversible con los conocimientos actuales de la ciencia; y, c) Su capacidad intelectual se encuentra disminuida. Puede realizar tareas sencillas y vivir con más o menos independencia en medios protectores, pero resulta incapaz para gobernar bienes e incluso su persona (muy influenciable y de fácil engaño) en un medio social normal».

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lleida de 4 de febrero de 1999 –autos de menor cuantía nº 316/98– estima la demanda interpuesta, y declara a don Simón totalmente incapaz para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes, acordando se proceda a la constitución de la tutela y a cuanto sea menester hasta que el tutor llegue a tomar posesión del cargo. La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de la misma Capital de 17 de mayo de 1999 desestimó el recurso de apelación de la Defensora Judicial con el fundamento siguiente: «Se parte, desde luego, del hecho de que estamos ante una persona que sufre deficiencia mental aun cuando ésta sea de carácter leve, que, asimismo, se halla ingresada en el Centro de Almacelles de San Juan de Dios desde hace casi veinticinco años, por lo que, sin duda, ha de entenderse se halla adaptada a las características propias de un Centro como el indicado, especializado en el tratamiento y cuidado de personas con disminuciones psíquicas, en el que por ende se cuida de manera integral de todas las funciones y necesidades esenciales de la persona. De ahí que consideremos que el nuevo régimen, que se pretende, podría acarrearle problemas de los que acontecen cotidianamente dentro de un medio social normal de vida, ante los que por su capacidad intelectual disminuida, es evidente no se halla preparado para hacer frente a los mismos. Se le posiciona así en un claro desamparo innecesario generado, precisamente, al socaire de la propia situación de legalidad que se establecería, de atender la petición que se hace en el recurso, en orden a que pudiera decidir el interesado por sí mismo, sin control alguno, lo que estimare conveniente por mera liberalidad, con todos los riesgos que ello comporta; pues, de otra parte, su situación actual gira en torno a un régimen de vida en el que está liberado de preocupaciones que, en otro caso, tendría que solventar por su cuenta».

Contra la Sentencia de la Audiencia se interpuso por doña Dolores, en calidad de Defensora Judicial de don Simón, recurso de casación articulado en dos motivos, en los que denuncia infracción de los artículos 200, 208 y 210 CC y 120 CE, y Jurisprudencia contenida en las Sentencias de 31 de diciembre de 1991 y 9 de junio de 1997 (motivo primero), e infracción de los artículos 359 y 628 y correlativos y 634 LEC, artículos 11.1 y 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 y 120 CE, y la Jurisprudencia sentada en las Sentencias de 27 de enero de 1998 y 21 de junio de 1999 (motivo segundo). Se postula se declare la nulidad de las Sentencias de instancia y se retrotraigan las actuaciones al momento de la práctica de la prueba pericial, o alternativamente en defecto de ello se declare el grado o alcance de la incapacidad que no puede ser absoluta.

Por el Ministerio Fiscal, en trámite de impugnación del recurso, se razonó la desestimación del motivo segundo, y la estimación del primero en el sentido de que, tratándose de una persona con mediana o ligera debilidad mental, no conlleva una incapacidad total o absoluta (S. 31 de enero de 1991), y procede establecer una cierta autonomía personal y una limitada capacidad de administrarse en lo que pudiera denominarse «dinero de bolsillo», no así, en los actos de administración extraordinaria, de enajenación o de gravamen. Incapacidad relativa, no impeditiva de la implementación de una tutela o, en su caso, de una curatela con expresión de la intervención del curador en determinados actos sea de naturaleza personal, sea de carácter patrimonial (artículo 289).

Por razones de orden lógico debe examinarse con carácter preferente el motivo segundo del recurso, pues una hipotética declaración de nulidad de actuaciones haría innecesario entrar en el examen del fondo del asunto. El motivo segundo no se ajusta a la forma que debe tener un motivo casacional pues se acumulan preceptos heterogéneos no susceptibles de una respuesta unitaria y que, además, dan lugar a distintos efectos procesales. Sin embargo, habida cuenta la naturaleza del proceso, y el matiz de carácter público de su objeto, procede dar respuesta a cada una de las diversas cuestiones planeadas con arreglo a las apreciaciones siguientes: a) No hay incongruencia *extra petita* en la resolución recurrida por declarar la incapacidad absoluta, ya que en la demanda del Ministerio Fiscal se pidió la declaración de incapacidad judicial del demandado, lo que no excluye aquella posibilidad, sin que otra cosa se deduzca de los fundamentos de derecho, pues se hace una referencia genérica a los artículos 199 a 214 CC; b) Tampoco tiene relevancia, y menos todavía cabe entender que da lugar a una incongruencia *intra petita*, el planteamiento del Ministerio Fiscal en la vista de la apelación, pues según el acta de la vista se opuso al recurso de la Defensora Judicial «aunque no se opondría al nombramiento de un curador», lo que no supone una petición, sino la admisión de una posible alternativa tutelar; c),

Al confirmarse la resolución del Juzgado no era preciso una nueva exploración judicial del incapacitando por el Tribunal de apelación (Sentencias de 16 de marzo de 2001 y 14 de octubre de 2002), habida cuenta que el régimen procesal aplicable es el anterior a la LEC 1/2000, aunque en la normativa establecida por ésta tiene carácter preceptivo en todo caso (artículo 759.2 y 3); d), No cabe apreciar quebrantamiento de forma en relación con la prueba pericial, pues no se han infringido las garantías fundamentales, ni se denunció en su momento el hipotético defecto ahora alegado, ni se recurrió en súplica el Auto de la Sala de Apelación de 26 de marzo de 1999 que denegó la prueba solicitada por la parte apelante en la alzada, por lo que no se dio cumplimiento al artículo 1693 LEC que exige agotar todas las posibilidades de impugnación o reclamación en el momento procesal oportuno; y, e), Carece totalmente de consistencia la alegación de vulneración del artículo 120 CE con referencia a falta de motivación, pues la resolución recurrida contiene motivación suficiente como se deduce del contenido transcrito al final del fundamento primero de esta resolución.

En el motivo segundo, mediante la invocación de los artículos ya expresados con anterioridad, aparte la repetición de defectos formales que ya han sido examinados en el motivo anterior, o que no se corresponden con el contenido de los preceptos del enunciado, se pretende la sustitución de la apreciación de incapacitación absoluta, con el consiguiente sometimiento a tutela, por una incapacitación relativa, para la que es suficiente el régimen protector de la curatela.

El motivo debe ser estimado en el sentido de apreciar únicamente una situación de incapacitación limitada, que se basa en las reflexiones siguientes.

El derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolable que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad –artículo 10.1 CE– (SSTC 174/2002, 9 de octubre).

Al ser la capacidad de las personas físicas un atributo de la personalidad (S. 19 de mayo de 1998), trasunto del principio de la dignidad de la persona (S. 16 de septiembre de 1999), rige la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (artículo 199 CC); observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; cumplida demostración de la deficiencia y su alcance (SS 28 de junio de 1990; 19 de mayo de 1998 –pruebas concluyentes y rotundas, dado que se priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial–; 16 de septiembre de 1999 –la situación de inidoneidad debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada–); adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites, al grado de inidoneidad (pues no debe extenderse más de lo necesario: S. 26 de julio de 1999), en armonía con el principio básico que debe inspirar la materia de protección del presunto incapaz; y la aplicación de un criterio restringido (S. 16 de septiembre de 1999) en la determinación del ámbito de la restricción.

Aplicando la doctrina anterior al caso de autos, a la vista de la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz y de la prueba practicada, se aprecia en el sujeto –aparte de una importante carencia de instrucción que exige un remedio de culturización adecuado– un retraso mental discreto que precisa se complemente, integre y asista en el aspecto patrimonial mediante la institución intermedia de la curatela (artículo 287 CC, SS 24 de mayo y 31 de diciembre de 1991). Nos hallamos ante un caso de incapacidad atenuada, en que habida cuenta que el grado de discernimiento del sujeto excluye la apreciación de inhabilidad para gobernarse totalmente por sí mismo, ni afecta en medida importante, se hace innecesario establecer la tutela, bastando la protección de apoyo en el ámbito en que incide realmente la deficiencia, que es el relativo a los bienes. Lo expuesto tiene su apoyo en los artículos 200, 210 y 287 CC, es la solución preconizada por el Ministerio Fiscal (que fue quien presentó la demanda), y es también la sostenida por la Defensora Judicial del presunto incapaz.

Como consecuencia de lo expuesto, procede estimar el motivo, casar y anular la Sentencia recurrida y revocar la del Juzgado de 1ª Instancia, y, de conformidad con lo establecido en el artículo 1715.1.3.º asumir las funciones de instancia.

En funciones de instancia, sentada anteriormente la apreciación de que procede establecer una curatela en lugar de una tutela, procede examinar el ámbito de operatividad de dicha institución.

Para la determinación de la extensión y límites de la restricción y control, aunque la ley permite no efectuar una especificación, en cuyo caso se entendería que la intervención del curador se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el propio Código Civil, autorización judicial (artículo 290), sin embargo en el caso parece más oportuno a este Tribunal fijar el

ámbito de la curatela del incapacitado («tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido»: artículo 289 CC), aun reconociendo la dificultad que ello implica, por no existir fórmulas genéricas idóneas, y poder resultar defectuosas o insuficientes las casuísticas. Habida cuenta las circunstancias concurrentes, no resulta pertinente establecer –obviamente– ninguna restricción en el ámbito personal ni en cuanto a la testamentifacción, circunscribiendo la asistencia, que la curatela implica, al campo patrimonial, en términos similares a los postulados por la Defensora Judicial, y que se especificarán en el fallo de esta Sentencia.

SUCESIONES

Aunque la Ley 1/1982, de 5 de mayo, legitima a la persona designada en el testamento o a determinados parientes para el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida, es lo cierto que la personalidad se extingue con la muerte y por ello no se vulneran dichos derechos cuando se acuerda practicar la prueba biológica sobre los restos de una persona fallecida, sin que por otro lado se vulnere el derecho a la intimidad familiar de la viuda por la práctica de tal prueba.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Ramón Ferrándiz Gabriel

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Margarita interpuso demanda de reclamación filiación no matrimonial contra don Luís, padre de la actora según el Registro Civil, doña Sandra, viuda del supuesto padre biológico y contra doña Eva y doña María Virtudes, hermanas del supuesto padre biológico y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: «se dicte en su día sentencia por la que se declare que don Pedro Jesús es el padre biológico de la actora Margarita con todos los derechos y obligaciones inherentes a la paternidad en los términos del artículo 111 del Código Civil en caso de oposición a la demanda. Se ordene la anotación de la resolución en el Registro Civil correspondiente y la rectificación de la inscripción, así como la rectificación del primer apellido, sustituyéndolo con arreglo a Derecho. Se condene en costas al demandado si se opusiere a la demanda».

⊙ Comparecieron las demandadas, doña Eva y doña María Virtudes, así como doña Sandra con Abogado y Procurador, respectivamente, contestando a la demanda suplicando «se dicte en su día sentencia en la que declare no haber lugar a la demanda, absolviendo a las demandadas de los pedimentos de aquélla, todo ello con expresa condena en costas a la actora». Declarándose en rebeldía al demandado don Luis.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Almendralejo dictó Sentencia el 30 de diciembre de 1999 cuya parte dispositiva es la siguiente: 1) Que el padre biológico de la demandante doña Margarita es el difunto don Pedro Jesús. 2) Que, en consecuencia, don Luis no es el padre biológico y real de la referida demandante. 3) Que consecuentemente con las anteriores declaraciones se procederá en ejecución de sentencia cuando así lo solicite la parte actora, a extender los correspondientes mandamientos al Juez encargado del Registro Civil de (Madrid) para que haga constar la paternidad de don Pedro Jesús, cancelando en consecuencia los asientos de paternidad contradictorios que puedan existir, y a tal fin se expedirá el consiguiente mandamiento en el que se hará constar como primer apellido de la actora el de M. en lugar de el de D., permaneciendo idénticos el nombre y el segundo apellido según constan actualmente. 4) Que corresponde al finado don Pedro Jesús todos los derechos y deberes que la paternidad impone, con la consiguiente asunción de todas cuantas

obligaciones son inherentes a dicho *estatus* de paternidad. 5) Que, habiendo fallecido don Pedro Jesús sin haber designado herederos testamentarios, procede declarar a doña Margarita como única heredera universal de don Pedro Jesús, sin perjuicio de los derechos usufructuarios correspondientes al cónyuge viudo doña Sandra.- Dada la particular naturaleza de los procesos de filiación, no procede efectuar pronunciamiento alguno sobre condena en costas». Por Auto de fecha 15 de enero de 2000 se rectifica el apartado 5.º de la anterior Sentencia en el sentido de hacer constar que «Habiendo fallecido don Pedro Jesús sin haber designado herederos testamentarios, procede declarar a doña Margarita como única heredera universal de don Pedro Jesús, sin perjuicio de los derechos usufructuarios correspondientes al cónyuge viudo doña Sandra».

- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Badajoz dictó Sentencia el 17 de abril de dos mil desestimando el recurso interpuesto por las demandadas.
- Doña Sandra interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia recurrida estimó las acciones de reclamación de filiación no matrimonial, de impugnación de la filiación matrimonial contradictoria y de declaración de la demandante como única heredera abintestato de su padre biológico, que había ejercitado en la demanda doña Margarita.

Se alegaba en la demanda que la actora nació el cuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, de las relaciones sexuales habidas entre doña Luz, cuando tenía dieciocho años y don Pedro Jesús, de treinta y siete años, ambos solteros; que su madre contrajo matrimonio, en mil novecientos sesenta y uno, con el también demandado don Luis, quedando determinada su filiación matrimonial por las inscripciones registrales correspondientes; y que don Pedro Jesús, que se había casado, en mil novecientos sesenta y uno, con doña Sandra, falleció sin testar el nueve de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Sostiene la recurrente, en el primero de los motivos del recurso de casación, que se había infringido el artículo 154.3 de la misma Ley. Entiende que las acciones ejercitadas en la demanda no son acumulables entre sí porque deben decidirse en juicios de naturaleza diferente. Además, en la explicación del motivo señala también como infringido el artículo 156 de la citada Ley, pues considera que las acciones acumuladas no se fundan en una misma causa de pedir. Y para reafirmar su planteamiento indica que la actora no se había limitado en la demanda a pretender la declaración de ser heredera abintestato de don Pedro Jesús, sino que, también, había reclamado los bienes de la herencia.

El motivo no merece prosperar por lo siguiente:

1. Las acciones ejercitadas en la demanda (que, como se indicó al principio, fueron las de reclamación de una filiación no matrimonial, de impugnación de una filiación contradictoria determinada legalmente como matrimonial y de declaración de la demandante como heredera abintestato de su verdadero padre), pueden ventilarse en juicios de la misma naturaleza, como ha declarado esta Sala en diversas ocasiones (en la Sentencia de 6 de noviembre de 1998, para un supuesto en el que las acciones acumuladas eran las de declaración de filiación, declaración de herederos abintestato y petición de la partición de la herencia; y en la Sentencia de 23 de octubre de 1990, en un caso en que se habían ejercitado acciones de reclamación de la filiación y de alimentos).

2. Entre las acciones de reclamación de una filiación y las que se dirigen a actuar las consecuencias de la determinación de la misma existe un nexo por razón de la causa de pedir suficiente para justificar el ejercicio acumulado. Así lo consideró esta Sala en las referidas Sentencias de 6 de noviembre de 1998 y 23 de octubre de 1990, al admitir la acumulación de las acciones antes mencionadas.

3. Sostiene la recurrente que la demandante no se limitó a pretender la declaración de ser heredera abintestato de don Pedro Jesús, ya que reclamó, según ella, la entrega del caudal relicto (lo afirma porque, en el ordinal quinto del suplico de la demanda, se había interesado, además, que se dejaran para la ejecución de sentencia los trámites derivados de dicha declaración, pronunciamiento

sobre el que la Sentencia de primer grado guardó silencio). Pero es lo cierto que la argumentación (en cuyo fundamento técnico no se hace necesario entrar, por partir de una premisa inexacta) carece del apoyo objetivo necesario, puesto que, correctamente calificada, la pretensión de que se trata, al igual que su estimación en la Sentencia, no superó el plano meramente declarativo. En efecto, la referencia en el suplico de la demanda a unos trámites subsiguientes a la declaración de herederos, a realizar en fase de ejecución (impropia) de Sentencia, no cambia la naturaleza declarativa de la acción.

En el segundo motivo denuncia doña Sandra, la infracción de las normas sobre admisión de prueba. Considera que no debía haberse practicado la investigación biológica de la paternidad, con intervención en los exhumados restos del difunto don Pedro Jesús, dada su oposición. La prueba fue propuesta por la demandante, se admitió por el Juzgado y se practicó mediante una técnica de identificación de ADN por amplificación de segmentos polimórficos. Su resultado fue la afirmación de haberse probado prácticamente que el difunto era padre de la demandante. En resumen, para la recurrente su oposición a la práctica de la prueba debía haber sido un obstáculo para la misma y resultaba bastante, ahora, para calificarla de ilegal.

De los derechos de exclusión sobre bienes de la personalidad (excluido, por razones obvias, el que tiene por objeto la integridad física del ser humano) la cuestión se plantea respecto de la intimidad, en el sentido de ámbito propio y reservado, frente a la acción y conocimiento de los demás, que resulta necesario para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese derecho fundamental está regulado en la sección primera del capítulo segundo de la Constitución Española (artículo 18.1), lo que constituye razón para que sigamos la doctrina del Tribunal Constitucional sobre él, en cuanto intérprete supremo de la norma que lo regula (artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre). Fácilmente se advierte que no es adecuada la equiparación que efectúa la recurrente entre su posición y la que tendría su marido en la hipótesis de vivir y, por repercusión, entre la necesidad de consentimiento de uno y otra y las consecuencias de su falta. Aunque los artículos 4 y 5 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, legitiman a la persona designada en el testamento o a determinados parientes para el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida, es lo cierto que la personalidad se extingue con la muerte (artículo 32 del Código Civil). Ni siquiera el heredero es en nuestro sistema un continuador de la personalidad del difunto. Por ello, como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, muerta la persona y extinguida su personalidad, desaparece el mismo objeto de la protección constitucional.

Lo dicho, sin embargo, no impide que la demandante, como cónyuge viudo, sea titular del derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española y Sentencia 231/1988, antes mencionada) referido o proyectado sobre el cadáver de su marido. Ésta es la perspectiva desde la que debe ser examinada la cuestión suscitada con el motivo. El enjuiciamiento de la misma ha de partir de una afirmación reiterada por el Tribunal Constitucional en la interpretación de aquella norma: las partes de un litigio en que se ejerciten acciones de investigación de la paternidad tienen el deber de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por el órgano judicial competente, para no colocar a la otra en una situación de indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución Española, ya que no podrá justificar su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes (Sentencia 95/1999, de 31 de mayo). Realmente, se produce en estos casos una colisión entre derechos fundamentales de las partes implicadas (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero). Colisión que, en el supuesto litigioso, se da entre el derecho a la intimidad familiar de la viuda recurrente y el derecho de la demandante a no sufrir indefensión en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación. Y ese conflicto debe resolverse tomando en consideración que el derecho a la intimidad no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, y Auto 103/1990, de 9 de marzo). En conclusión, no se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen limitaciones al mismo del tipo de las que han llevado a la demandante a formular el motivo. La negativa de la recurrente a la práctica de la prueba no estaba justificada, pues había indicios serios de la conducta atribuida al difunto y la prueba había sido admitida como pertinente (al respecto, Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, y Auto 245/2000, de 26 de octubre). De ahí que se deba entender que la prueba fue correctamente admitida y practicada.

Como último motivo se denuncia, con apoyo en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 127 y 135 del Código Civil. Afirma la recurrente que, al ser nula la pericial antes referida, hay que valorar de nuevo las demás pruebas, para decidir si se ha demostrado o no la paternidad a que se refiere la demanda. El fracaso del motivo es consecuencia de lo expuesto en el examen del anterior, cuyo éxito le servía de condicionante.

OTRAS CUESTIONES

Resolución del contrato de compraventa efectuado por los padres a favor de los hijos al resultar impagada una operación crediticia en la que aquéllos eran fiadores, no siendo obstáculo que en la suspensión de pagos de la entidad prestataria el activo fuese superior al pasivo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Con fecha 6 de marzo de 1991, la mercantil Productos N. Carbonero, SL, concertó con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid una póliza de crédito para negociación de documentos con un límite máximo de 15.000.000 pesetas.

⊙ Entre dichas Sociedades con fecha 24 de octubre de 1991 y 23 de octubre de 1992, se formalizaron dos pólizas de crédito en cuenta corriente por importe máximo de 15.000.000 pesetas.

⊙ Las pólizas de crédito para la negociación de documentos y de crédito en cuenta corriente (suscritas en 6 de marzo de 1991, 24 de octubre de 1991 y 23 de octubre de 1992), fueron afianzadas con carácter solidario por el Sr. José Pablo y la esposa de éste doña Bárbara y, los juicios ejecutivos 91/1984 y 93/1984, entablados por la entidad acreedora, finalizaron con sendas sentencias de remate (de fecha 6 de marzo de 1995), y tramitados sin oposición de los fiadores codemandados.

⊙ Consta la existencia de un acto de disposición patrimonial, materializado en la compraventa que con fecha 30 de noviembre de 1992 se celebró por don José Pablo actuando en nombre propio y de su esposa, en favor de sus hijos y sus respectivos cónyuges, y que tuvo por objeto unas viviendas.

⊙ Productos N. Carbonero SL, en fecha 30 de septiembre de 1993 y, por tanto, posterior a la compraventa litigiosa, tenía bienes para hacer frente al crédito contraído, pues el informe de los interventores en el expediente de suspensión de pagos seguido a la referida sociedad, pone de relieve que el activo de dicha empresa era superior en 2.049.684 pesetas, al pasivo, estando incluido en la relación de acreedores la Caja de Ahorros demandante y lo cual queda asimismo reflejado en el auto dictado con fecha 30 de septiembre de 1993, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Quintanar de la Orden (Docs. núms. 22 y 24 de los acompañados con la contestación a la demanda).

⊙ Los citados fiadores solidarios, se despojaron de todo su patrimonio para restablecer el equilibrio patrimonial de la mercantil que regentaban, por lo que, aportaron todos sus restantes bienes a la Sociedad Productos N. Carbonero, SL no reservándose nada para ellos.

⊙ La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid interpuso demanda de menor cuantía contra don José Pablo, doña Bárbara, don Juan Pablo, doña Milagros, don Luis Manuel, doña Cecilia, don José Antonio y doña Rebeca, sobre acción rescisoria de contrato de compraventa y cancelatoria de inscripción registral, solicitando que se dictase sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se declare: a) La rescisión del contrato de compraventa de fecha 30 de noviembre de 1992, efectuado en fraude de ley. b) La nulidad de la escritura de compraventa de fecha 30 de noviembre de 1992, descritos en el hecho segundo del escrito de la demanda. c) La cancelación de las inscripciones núm. 5 de las fincas registrales núm. NÚM000 y núm. NÚM001 del Registro de la Propiedad de Quintanar de la Orden y aquellas posteriores que traigan causa de las mismas.

⊙ Admitida a trámite la demanda la representación procesal de los demandados contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvieron por conveniente, formulando, asimismo, reconvención de la que se confirió traslado a la actora para que hiciera las alegaciones oportunas.

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Quintanar de la Orden dictó Sentencia el 13 de noviembre de 1997 desestimando íntegramente la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Toledo dictó Sentencia 26 de mayo de 1998 desestimando el recurso interpuesto por la parte actora.

⊙ La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que casó la sentencia estimando íntegramente la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se acciona por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, contra los codemandados que constan entre ellos el matrimonio don José Pablo y su esposa doña Bárbara, en su cualidad de fiadores solidarios del préstamo concertado por aquélla con la sociedad Productos Carbonero, SL, ejercitando la acción rescisoria por fraude ocurrido a propósito de la compraventa por citados fiadores demandados, de 30 de noviembre de 1992, efectuada por los mismos a favor de sus hijos y referente a las viviendas que se describen.

La *ratio decidendi* de la Sala *a quo* se basa en que en la suspensión de pagos de la deudora –en la que estaba incluido el crédito de la actora–, había una diferencia o superávit del activo de 2.049.684, siendo evidente que «existía, pues, activo suficiente en la sociedad para satisfacer el importe de los créditos que pesaban sobre ella. De tal manera, la aprobación o no del convenio en la referida suspensión de pagos, con la concurrencia ordenada de los acreedores para el cobro de sus créditos, en el primer caso o, por el contrario, la posibilidad de que dichos acreedores intentaran libremente la satisfacción de lo que les era debido, deviene ahora no relevante, ya que lo decisivo era la existencia de patrimonio apto para la solvencia de la sociedad suspensa. Situación esta, ciertamente incompatible con el carácter de remedio subsidiario propio de la acción pauliana que, por tanto, ha de ser desestimada de acuerdo con lo resuelto en la sentencia apelada».

En el primer motivo del recurso sostiene la parte recurrente que, la sentencia recurrida como dato decisivo en el caso el que siguiendo el resumen del balance de intervención en la suspensión de pagos a que estuvo sometida la sociedad directamente deudora (Productos N. Carbonero, SL), se dictó por el Juzgado en 30 de septiembre de 1993, es decir, con posterioridad a la compraventa supuestamente rescindible, auto en el que se declaró a la entidad «Productos N. Carbonero, SL» en situación de insolvencia provisional, con una diferencia en favor del activo representada por la suma de 2.049.684 pesetas. Existía, pues, a juicio de la Sala que juzga en alzada, activo suficiente en la sociedad para satisfacer el importe de los créditos que pesaban sobre ella, situación esta, ciertamente incompatible con el carácter de remedio subsidiario propio de la acción pauliana. Y que, para la sentencia recurrida no puede prosperar la acción rescisiva al tener la sociedad titular de las pólizas Productos N. Carbonero, SL, (no demandada en ningún procedimiento) un activo superior al pasivo ... por lo que, en el caso que nos ocupa, mi poderdante ha accionado contra el matrimonio formado por don José Pablo y doña Bárbara, prescindiendo de la posible solvencia o insolvencia del deudor principal Productos N. Carbonero, SL, por lo que es la situación patrimonial del matrimonio avalista lo que nos interesa en el presente debate y, no el posible patrimonio de la sociedad deudora principal no demandada. Y que, la desestimación de nuestra demanda por el Juez *a quo* tuvo como fundamento la consideración del carácter subsidiario de la acción rescisoria, en tanto que en el balance presentado en la suspensión de pagos de la deudora principal Productos N. Carbonero, S.L. (no demandada en ningún procedimiento instado por mi mandante) resultaba un activo superior al pasivo.

Esto es, se alega, con razón en el Motivo que, habiéndose dirigido la acción contra los fiadores solidarios y, acreditado, además, el impago de la obligación garantizada –según los ejecutivos indicados– no es posible compartir el criterio de la recurrida de que el presupuesto de la insolvencia

del deudor no se ha acreditado por ese superávit en el activo de la suspensión de pagos, con lo que, se incurre en una evidente infracción de los preceptos indicados ya que es aquella acción y la acusación del fraude en que se incurrió por los demandados en la compraventa de los inmuebles de 30 de noviembre de 1992, en favor de sus hijos estrictamente, en la que debe sopesarse su situación patrimonial en cuanto a ese requisito subsidiario de su insolvencia para viabilizar la fraudulencia en la compraventa atacada y, ello se desprende del propio tenor del hecho 6.º en donde consta que por la aportación de sus bienes a la deudora quedaron sin otro patrimonio, por lo que, al resplandecer esa insolvencia, se cumple, pues, el presupuesto de la subsidiaridad de la acción rescisoria planteada y exigida por el artículo 1294 CC, (presupuesto de insolvencia o carencia de recursos del deudor, que, en la práctica, debería contar con la aportación de auxiliares o medios por el propio deudor acreditativos de ello, que alivie o atempere la carga secular de que sea el mismo acreedor perjudicado el que tenga que investigar los, en su caso, arcanos datos de esa situación patrimonial) y sin que se cuestionen los demás requisitos de la acción revocatoria o paulina instada, porque, se repite, la recurrida, exclusivamente, desestimó la acción por esa solvencia de la deudora, por lo que, procede aceptar el Motivo y, sin necesidad de examinar los demás, estimar la demanda y con ello el recurso, declarando fraudulenta la compraventa efectuada, con los demás efectos legales derivados, sin que a tenor del artículo 1715.2.º LEC, proceda imposición de costas en ninguna de las instancias ni en este recurso, al hacer uso el tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los artículos 523, 710, 873 y 896 de dicha Ley, aplicables en su caso, al litigio.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

No procede declarar la nulidad matrimonial en base a una supuesta falta de consentimiento, puesto que de la prueba practicada se infiere la existencia de un matrimonio que discurre con «normalidad» durante los cuatro primeros años.

AP MÁLAGA, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Mario Vicente Alonso Alonso

La falta de consentimiento como causa de nulidad del matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración, que recoge el apartado 1.º del artículo 73 del Código Civil, se produce, entre otros supuestos, y según tiene reconocido la doctrina científica y jurisprudencial, cuando el consentimiento prestado por alguno de los contrayentes no tiene por objeto contraer matrimonio, como exige el artículo 45 de dicho Código, esto es, cuando se contrae el matrimonio con reserva mental o de forma simulada por alguno de ellos, al reservarse unilateralmente sus efectos, no asumiendo los que son propios de dicho vínculo.

Ahora bien, en cualquiera de los supuestos que recoge el artículo 73 del Código Civil, y por el carácter excepcional de la institución examinada, al negarse validez *a posteriori* a un contrato matrimonial aparente, debe actuarse con especial cautela respecto de los datos fácticos y elementos probatorios ofrecidos a la consideración judicial, de tal modo que sólo cuando conste de modo inequívoco la concurrencia de condicionantes fácticos susceptibles de integrarse en alguna de las previsiones contenidas en aquél, puede llegar a proclamarse la radical solución sanadora propugnada, que entra en colisión con el principio del *favor matrimonii*.

Por otro lado, la existencia de reserva mental como causa de nulidad matrimonial es de difícil probanza, pues, ciertamente, ni el Juzgador ni nadie tienen la posibilidad de conocer con total exactitud la voluntad interna de una persona salvo ella misma. Sin embargo, es posible, como en tantas otras ocasiones en que se ejerce la función enjuiciadora, deducir la falta de consentimiento del análisis de los hechos previos, coetáneos y posteriores y del comportamiento del contrayente, a modo de indicios, que debidamente probados, sean susceptibles de conducir, a través de un razonamiento lógico, al resultado deductivo o hecho consecuencia.

Tal es lo que pretende la parte recurrente que argumenta la existencia de claros indicios de los que desprender esa reserva mental de la demandada en el momento de contraer matrimonio y, por ende, la concurrencia de la causa de nulidad invocada. Sin embargo, dejando de lado el alcance y valoración atribuidos por la Dirección Letrada del recurrente a determinados «indicios» y a algunos elementos de juicio de los señalados, alcance y valoración que constituyen, por lo menos, juicios de valor que se mueven en el campo de lo discutible, se anticipa que en lo sustancial se comparte lo valorado y resuelto en la sentencia apelada, que se da, pues, por reproducido, a fin de evitar innecesarias reiteraciones. Y ello porque falta una cumplida acreditación de los elementos fácticos a partir de los cuales se construye la estructura lógica del discurso del recurrente para concluir la existencia de la nulidad invocada.

Así, sólo consta probado que la demandada solicitó la concesión de la tarjeta de familiar residente comunitario. Lo demás son afirmaciones que se realizan en la demanda y para cuya acreditación no puede servir el interrogatorio del propio actor. No existe elemento alguno que permita conocer cuál fue la actuación de la demandada previa al matrimonio, ni la correspondiente al prolongado período de tiempo que permaneció junto al actor. Sólo conocemos que, en el año 2000, abandonó a éste, abandono que coincide en el tiempo con la definitiva denegación de la concesión de un permiso de residencia legal. Pero sí sabemos que el matrimonio se contrajo en el mes de marzo de 1996; que no es hasta el mes de abril de 1997, cuando la demanda insta la concesión del permiso de residencia en España que le fue denegado en el mes de enero de 1998; que, no obstante serle denegado dicho permiso desde un principio, en el mes de septiembre de 1999, el actor alquila una vivienda en Melilla, donde afirma convivió con la

demandada hasta que, tras la resolución administrativa definitivamente contraria a su expectativa de obtención de un permiso de residencia, en el mes de agosto de 2000, aquélla abandonó al recurrente. Desde marzo de 1996 hasta agosto de 2000 no hay dato alguno que permita destruir la presunción legal de convivencia matrimonial que establece el artículo 69 del Código Civil y nada se afirma al respecto en la demanda. El supuesto incumplimiento de la demandada de dicha obligación conyugal se introduce *ex novo* en el recurso, sin quepa deducir su falta del hecho de que la resolución administrativa de enero de 1998 afirme que la demanda reside en Oujda, pues la separación física de los cónyuges puede obedecer a múltiples causas, sin que produzca un incumplimiento del deber de convivencia.

En definitiva, la falta de consentimiento no puede inferirse con base en los elementos fácticos que han resultado acreditados, de los cuales no cabe sino concluir en la existencia de un matrimonio que discurre con «normalidad» hasta el mes de agosto del año 2000. Afirmar que la desaparición en esa época de la demandada fue debida a la denegación del permiso de residencia en España no puede hacerse más que como simple suposición y mayor suposición aun entrañaría afirmar que la consecución de ese permiso de residencia fue el único objeto que perseguía la demandada cuando prestó su consentimiento al matrimonio con el actor, habiendo mantenido la apariencia desde el año 1996 hasta el año 2000. Ciertamente, puede tratarse de suposiciones ciertas, pero jurídicamente, y a los efectos que se pretenden, sólo pueden quedar en eso.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

No procede la declaración de nulidad del matrimonio, puesto que no consta la supuesta intimidación ejercida por los padres sobre la contrayente, siendo ilógico que quien contrae matrimonio por la presión de sus padres, una vez celebrado el mismo no llegue a convivir con su esposo, y continúe viviendo en el domicilio de aquéllos.

AP MÁLAGA, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Mariano Santos Peñalver

Contra la sentencia de instancia desestimatoria de la pretensión de nulidad matrimonial deducida por la actora, se alza ésta en apelación alegando en síntesis error en la valoración de la prueba practicada, por entender que de los hechos acreditados se desprende la inexistencia del consentimiento matrimonial necesario para la validez del matrimonio.

Planteados en los términos expuesto el objeto del recurso debe indicarse que frente a las figuras de separación o divorcio, que artículos remedios legales que podríamos calificar de ordinarios ante la crisis conyugal, y sobre la base de la validez del vínculo en el momento de ser contraído, la declaración de nulidad de dicho nexo nupcial se ofrece con carácter excepcional, pues supone la exclusión de los condicionantes, ya de capacidad subjetiva, ya formales, afectantes a la correcta formación y emisión del consentimiento matrimonial que, en definitiva pueden determinar, con uno u otro alcance, la negación *ab initio* del negocio jurídico matrimonial.

Dado el carácter excepcional indicado de la institución que nos ocupa, al negarse validez *a posteriori* de un contrato matrimonial aparente, ha de acatarse con especial cautela respecto de los datos fácticos y elementos probatorios ofrecidos a la consideración judicial, de tal modo que sólo cuando conste de manera inequívoca la concurrencia de las condiciones susceptibles de integrarse en las previsiones legales del artículo 73 del Código Civil, puede proclamarse la radical solución sancionadora propugnada.

De otro lado, versando la prueba sobre la demostración de la voluntad interna del contrayente que insta la nulidad matrimonial, y ante la imposibilidad de conocer con exactitud la misma, debe estarse a los actos anteriores, coetáneos y posteriores del comportamiento del contrayente, acudiéndose a la relevancia de las presunciones. Sobre este medio de prueba, recordar que según nuestra doctrina jurisprudencial requiere la demostración del hecho base, y que el hecho deducido se ajuste a las reglas del criterio humano, pero no es preciso que la deducción sea unívoca, pues de serlo nos encontraríamos ante los llamados indicios, que no son por sí mismos suficientes para probar

el hecho a demostrar, pero que acompañados de otros permiten formar la convicción judicial sobre la verosimilitud del hecho. Por contra, en las presunciones del hecho base pueden seguirse diversas consecuencias, exigiéndose sólo que el hecho base esté demostrado y el hecho consecuencia de forma razonable y lógica, aun cuando existan otras posibles conclusiones.

En el caso enjuiciado sólo consta la edad de la actora, que contaba con 19 años al tiempo de contraer matrimonio y la ausencia de vida marital entre los contrayentes habiendo permanecido la actora en el domicilio paterno desde el momento de la celebración del matrimonio en mayo de 2002 hasta el presente momento, habiéndose interpuesto la demanda en septiembre el 2003. Y siendo esto así el pretendido miedo reverencia, o temer a las presiones de los padres para que la actora haya contraído matrimonio, deviene ilógica, pues no parece razonable que quien contrae matrimonio por la presión de sus padres, una vez celebrado el negocio matrimonial no llegue a convivir con su esposo, y continúe viviendo en el domicilio de quienes obligaron al contrayente a celebrar el matrimonio que, a su vez, implica la convivencia con el otro cónyuge. Sin que a su vez exista otro motivo que explique tan anómala situación.

En todo caso no consta la entidad de la intimidación ejercida por los padres sobre la actora, por lo que faltaría el presupuesto exigido por nuestra doctrina jurisprudencial de que el miedo sea adecuado para la anulación del consentimiento.

En consecuencia, la conclusión del Juzgador de Instancia es correcta y ajustada a la lógica, por lo que debe primar sobre la argumentación de la parte recurrente que parte de una interpretación subjetiva de los hechos.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

No ha lugar a la nulidad matrimonial dado que no se ha acreditado que existiese error en la persona: el actor conoció a la esposa en un viaje a Cuba y al año regresó para casarse con ella.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Se ejercitó por la representación legal de don Everardo acción de nulidad matrimonial al amparo de lo dispuesto en el artículo 73 del Código Civil en sus números 1.º y 4.º; es decir: «es nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial y el celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento».

Conocido ya el alcance de la presente alzada, cabe decir, para una mejor comprensión de lo que después se dirá que, el requisito material del matrimonio es el consentimiento como proclama el párrafo 1.º del artículo 45 del CC: «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial», que, a su vez, no admite condición, término ni modo (párrafo 2.º) y que presupone una conciencia y una voluntad. El artículo 73 del CC declara nulo, núm. 1, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, es decir, sin conciencia o sin voluntad. Sin conciencia se dará cuando el contrayente o los contrayentes, como sujetos del negocio jurídico bilateral del matrimonio, carezcan de la inteligencia o conocimiento mínimos adecuados; lo que será por causa de hipnotismo, embriaguez, influencia de drogas o estupefacientes o por locura (falta de aptitud mental) al tiempo de prestar el consentimiento, por lo que no importa que esté o no declarada la incapacitación, ya que incapacitado o no, puede consentir válidamente en intervalo lúcido. Sin voluntad de contraer matrimonio se dará en los casos de simulación o reserva mental que una gran parte de la doctrina estima que produce la nulidad. Nuestro Tribunal Supremo desde septiembre de 1989 dice que este número (73/1) se refiere al supuesto de inexistencia de matrimonio por no estar alguno de los contrayentes en pleno ejercicio de su razón, por no poder hacer uso correcto de sus facultades o funciones psíquicas. Pues bien, del estudio de las actuaciones, no parecen ser éstos los supuestos, pues ha existido consentimiento y sin prueba de que esté viciado en alguna de las partes;

y hay una voluntad que no parece haya sido viciada por simulación o reserva mental, que seguro en el demandante apelante no se da o se debe dar, en otro caso no se entendería la presente acción y recurso; y en la contraparte al ser el consentimiento y la voluntad temas pertenecientes a lo más recóndito del intelecto humano; se ha alegado pero no se ha probado.

En cuanto al supuesto del n.º 4 del artículo 73 del CC, según nuestro Tribunal Supremo desde julio de 1987 se refiere no a cualquier cualidad individual equivocada, sino a aquellas que por su entidad hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento. En el caso no parece que haya existido un noviazgo al uso y como se indica en la citada sentencia del TS de 11 de julio de 1987, y de el conocer más y mejor a una persona y con el tiempo haber quedado defraudado por la ausencia de una cualidad determinante para contraer matrimonio; en el caso, como diría Ortega y Gasset, el hombre es potencia y la mujer esencia, el Sr. Everardo conoció en un viaje a Cuba a la Sra. Nuria, e impresionado de esa esencia, no se puede hablar de más conocimientos por la brevedad del viaje y ausencia de noviazgo, decidió impulsivamente o con voluntad decidida casarse, y al año regresó a Cuba y se casó con dicha señora; luego, se insiste, no puede hablarse de error en la identidad de la persona o de alguna cualidad esencial o tan importante o determinante para contraer el matrimonio; al menos dicho error no se ha acreditado en autos por lo que procede desestimar el presente recurso de apelación y confirmar la sentencia de instancia que con acierto apuntó que el presente tema era más de un proceso de separación matrimonial o de divorcio; pero no de nulidad.

PATRIA POTESTAD

Teniendo en cuenta que se ha declarado el desamparo del menor, no es procedente que en el procedimiento de separación de los padres se acuerde la privación de la patria potestad, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en el procedimiento de adopción.

AP CASTELLÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Antón Blanco

Estándose en un litigio matrimonial, la cuestión única y constantemente controvertida a lo largo del mismo, ha sido la situación del menor Emilio y el cuestionamiento de la patria potestad de ambos progenitores litigantes.

A lo largo del litigio se ha ido incorporando toda la documentación relativa a la protección sobre el menor Emilio desde su nacimiento y las vicisitudes del ingreso en la Residencia Materno infantil «Campanar» junto con la madre, y donde se cursaron visitas por parte del padre. Sabemos de la situación de desamparo administrativo del menor, como tal declarada el 26 de noviembre de 2003 con asunción de la tutela por parte de la Dirección Territorial de la Consellería de Bienestar.

Tenemos constancia de que el Sr. Armando presenta un problema de hábitos alcohólicos, que menoscaba sus facultades como padre, mientras que la Sra. María Juana padece una minusvalía psíquica que le impide, según los informes obrantes, desempeñar las funciones de madre de forma responsable.

De tales informes se desprende igualmente que las respectivas familias tampoco presentan condiciones personales y materiales para procurar un entorno favorable al desarrollo del niño.

Ahora bien, con todo, se nos muestra desproporcionada la medida de privación de la patria potestad de ambos progenitores, al menos por ahora y sin que ello vaya a tener la consecuencia inmediata de restablecer aquélla con efectos normalizados y naturales.

Es sabido que la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de su obligación respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos, por lo que éstos, a su vez, tienen derecho a recibir de sus padres una protección integral que posibilite el adecuado desarrollo de su personalidad en el orden físico, psíquico, intelectual y moral. Por

todo ello, cualquier circunstancia que impida a los hijos contar con este derecho y a los progenitores ejercitar sus obligaciones será causa suficiente para privar a éstos de la patria potestad sobre aquéllos y conseguir así que su desarrollo personal no esté influido negativamente por los hechos de sus progenitores.

Como declara la STS de 24 de abril de 2000, en línea con la doctrina expuesta en anteriores resoluciones (Sentencias de 24 de abril de 1963, 8 de abril de 1975, 5 de octubre de 1987, entre otras): «La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (artículo 2)».

Y es por ello que con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses»

Pues bien, a este interés superior del niño, que implícitamente está recogido también en el artículo 154 del Código Civil cuando dispone que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, es el que tiene en cuenta la sentencia impugnada para decretar la privación de la patria potestad a ambos progenitores en conformidad con lo establecido en los artículos 92 y 170 del Código Civil, si bien se nos muestra algo excesiva la medida, sin que que por las mismas circunstancias se deban omitir medidas adecuadas para que el menor continúe en las mismas condiciones en las que en la actualidad se encuentra, tutela institucional y acogimiento preadoptivo.

El artículo 92 en relación al artículo 170 del Código Civil, tal y como considera la STS de 12 de julio de 2004, vincula al incumplimiento de los deberes que integran el contenido de la patria potestad la privación total o parcial de la misma, respecto del padre o madre incumplidor. Dicha privación, sin embargo, no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino sólo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor (Sentencia de 31 de diciembre de 1996). Ese carácter discrecional de la medida, no es, sin embargo, absoluto ya que la norma establece unos límites que la decisión ha de respetar. De un lado, la medida ha de adoptarse en beneficio de los hijos. Así lo establece el artículo 39.2 de la Constitución Española, en cuanto impone a los poderes públicos una actuación que asegure la protección integral de aquéllos. Lo propio hace los artículos del Código Civil 154, en cuanto exigen un ejercicio de la patria potestad en interés de los mismos, y 170.2, que condiciona la recuperación de la patria potestad al beneficio de ellos. De otro lado, la privación de la patria potestad, total o parcial, no constituye una sanción perpetua, sino condicionada (tampoco necesariamente) a la persistencia de la causa que la motivó, como establece el artículo 170.2 del Código Civil al regular la recuperación de aquélla.

A nuestro juicio, parece más aconsejable la suspensión de la patria potestad, más que la grave y drástica privación, y ello por tratarse de causas de ineptitud de los progenitores, más que de incumplimientos culpables por su parte. La jurisprudencia por ejemplo no relaciona directamente, desde el punto de vista causal, alcoholismo con privación de la patria potestad (por ejemplo SAP de Sevilla de13 de marzo de 2003, o STS de 2 de julio de 2004 en un caso de drogodependencia del padre), y tampoco la incapacidad psíquica.

Lo sentimos así porque que una medida de tan graves consecuencias, no sólo para los padres, sino también para el menor Emilio, ha de ser adoptada con suma cautela y con un carácter excepcional, en atención a la concurrencia de circunstancias extremas y ante casos graves de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, pues, aunque el artículo 170 del Código Civil contempla como causa de privación de la misma el genérico incumplimiento de los deberes de los padres para con sus hijos, viene entendiendo la jurisprudencia, al interpretar esa norma y la concordante del párrafo 3.º del artículo 92 del mismo texto legal y con base en los antecedentes legislativos y dada trascendencia de la medida, que no basta cualquier clase de incumplimiento, sino que ha de ser muy claro y grave.

De este modo vemos que el padre Sr. Armando tiene o ha tenido problemas con el consumo abusivo de alcohol, más en todo caso nos consta que está sometido a tratamiento en el Centro de día Alcohólicos Rehabilitados, que se encuentra en la fase de rehabilitación (posterior a la desintoxicación

y deshabituación), siendo regular en la asistencia a citas y programas. Mantiene la abstinencia.

Por otro lado, consta que el padre mantuvo visitas cortas con el menor en la Residencia infantil, sin aparentes problemas salvo una nada anormal falta de hábito (en atención a las circunstancias), con independencia de que ello fuere aconsejable de cara a un previsible –si no previsto ya– futuro de acogimiento en otra familia, en carácter preadoptivo (vemos informe del técnico Rafael de 3 de febrero de 2004).

Por otra parte la madre de Emilio, María Juana padece una minusvalía psíquica de un 70%, que le impide prestar todas las necesidades que el niño precisa al no seguir pautas precisas, aunque hay informes de su interés en las funciones de madre. Se trata de una falta de aptitud o capacidad de quien trata de hacerlo bien como madre.

Existe innegablemente la situación de riesgo sobre el menor (artículos 12 y 17 de la LO de 1996 de Protección del menor, definida en el artículo 2 de la Ley de la Infancia de 5 de diciembre de 1994), incluso de desamparo, puesto que ya está tal situación declarada como tal y por ello se viene admitiendo la permanente labor protectora de la tutela institucional, considerando adecuado que tal labor se mantenga, pero sin que ello tenga que pasar, por el momento, por la privación de la patria potestad de los padres aparentemente no aptos para desempeñarla, la cual podría quedar «juzgada» en este procedimiento de separación matrimonial conforme posibilita el artículo 92 CC, pero que entendemos habrá ser tratada específicamente en los trámites oportunos de cara a una adopción.

De momento la tutela legal en la que se encuentra Emilio ya conlleva *per se* la suspensión de la patria potestad, y la tutela legal, pero convenimos que este proceso no altere ni afecte el desarrollo natural de todos los trámites que la administración interese promover como en cualquier caso de cara a acogimientos familiares o adopción, con la adecuada audiencia y oportuna intervención de los progenitores en defensa de sus intereses, derechos que podrían verse cercenados o al menos limitados si ya se hubiere declarado aquí la privación de la patria potestad.

Como el interés del menor queda así preservado por la situación en que se halla, aceptamos parcialmente los recursos de ambos progenitores y consecuentemente revocamos la medida de privación de patria potestad, declarando meramente la suspensión temporal de la misma por tiempo de un año a contar desde esta resolución, permitiendo el acogimiento residencial en la fecha establecido en régimen de prórroga, y sin establecer otros derechos de visitas de los padres que los que vengan establecidos –si los hubiere– hasta la fecha.

PATRIA POTESTAD

No cabe privar de la patria potestad al padre porque no existe una dejación en sus funciones: si no ve a la hija también es debido al grado de conflictividad con su cónyuge.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Bachs Estany

La Sentencia de instancia, de fecha 18 de diciembre de 2003 (folios 99 y siguientes) establece un sistema de visitas libre, sin fijación de días concretos, para que sean padre e hija quienes los acuerden, habida cuenta la edad de la hija.

No puede acogerse la tesis de la impugnación del Fiscal por cuanto el hecho de que no se vean padre e hija no obedece a una decisión o postura unilateral del padre, sino a la conflictividad existente a lo largo de mucho tiempo, a un distanciamiento, algo en lo que no se acredita deba buscarse y menos poder encontrarse como responsable sólo a una parte, en particular al padre.

La atribución en exclusiva del ejercicio de la potestad, que de hecho es probable que ejerza la madre por sí sola, no puede contemplarse como una especie de sanción al padre sin mayores consideraciones, ya que no se ha establecido una dejación de facultades por su parte y en absoluto iba a contribuir a mejorar la misma. Además, lo que sostuvo en su día el Fiscal con su escrito de impugnación es una *res nova*.

GUARDA Y CUSTODIA

El solo hecho de que la madre se haya trasladado a vivir a Gran Canaria no justifica el cambio del régimen de guarda y custodia.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosalía Mercedes Fernández Ayala

Guarda y custodia del menor.- Para resolver adecuadamente la cuestión que en esta alzada se plantea, como reiteradamente se ha recordado por esta Sala en anteriores resoluciones, debe partirse del beneficio e interés del menor que en todo caso debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluso el de sus padres, como auténtica pauta de conducta inamovible contenida en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 (ratificado por España y publicado en el BOE de 31 de diciembre de 1990), cuyo Preámbulo señala que la Humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle; principio que en el mismo sentido se encuentra recogido tanto en la Constitución Española (artículo 39) como en el Código Civil (artículos 90, 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170) y en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, ya que los menores de edad son los miembros más necesitados de protección.

Con estas premisas, no encuentra este Tribunal motivo alguno para modificar la atribución de la guarda y custodia, que en la sentencia recurrida se otorga a la madre, arrancando al menor del entorno familiar en que hasta ahora se ha venido desarrollando su vida. Únicamente cabe precisar que, tal vez por error de trascripción, el fallo en este punto se muestra contradictorio cuando decreta que «se atribuye a la Sra. Magdalena la guarda y custodia de José Manuel compartiendo ambos progenitores la guarda y custodia sobre el mismo» pues, obviamente, compartida será la patria potestad y no la guarda y custodia que se atribuye al progenitor con quien el niño convive. Salvado lo anterior, el solo hecho de que la madre se haya trasladado a vivir a Gran Canaria desde luego no constituye razón ni argumento que justifique las pretensiones del padre, menos aún cuando del documento que aporta el propio apelante en esta alzada resulta que el menor hijo común causó baja en el CEIP Bernabé Figueroa Umpiérrez, de Corralejo, para su traslado el CEIP. Príncipe de Asturias, lo que por una parte hace decaer sus alegaciones cuando reprocha que el menor no convive con su madre y que permanece en Fuerteventura al cuidado de personas ajenas y, por otra, refuerza las manifestaciones de la apelada en el sentido de que se ha trasladado a esta Isla de Gran Canaria para rehacer su vida junto con sus hijos en lo personal y lo laboral, lo que resulta de todo punto legítimo.

GUARDA Y CUSTODIA

No ha lugar al sistema de custodia compartida, puesto que éste no supondría mayores beneficios para la menor.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

Para determinar el régimen de guarda más adecuado al interés de la menor, de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, y las disposiciones concordantes de ámbito nacional e internacional, no puede desconocerse el sentido del informe pericial realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 189 y siguientes), que debe ser la guía fundamental en esta cuestión por la imparcialidad y cualificación profesional de quienes lo han suscrito, en cuyas conclusiones se dice literalmente que «en el conjunto de la información recogida no se han

detectado indicios de desatención en el trato que Iris recibe en el hogar materno», y que «el actual sistema de custodia y visitas ha permitido que la menor mantenga una fuerte vinculación afectiva con ambos progenitores», y en consecuencia, «se considera que no se dan las condiciones necesarias para la práctica de un sistema de custodia compartida con éxito y se estima que dicho sistema no supondría mayores beneficios para la menor en comparación con la custodia y las visitas actuales»; por ello, no concurriendo otras pruebas objetivas que contradigan sólidamente las conclusiones de este informe, procede la desestimación de este motivo del recurso.

GUARDA Y CUSTODIA

La corta edad de la hija –7 años– aconseja que se atribuya la guarda y custodia a la madre.

AP SALAMANCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Cambón García

Que no ha lugar a establecer la patria potestad compartida por ambos cónyuges de la menor atribuyéndose al padre apelante la guarda y custodia de ésta, ni a establecer un amplio régimen de visitas a favor del padre (siempre que lo desee previa comunicación al padre), dado que, como informa el Ministerio Fiscal y consideró la Juzgadora *a quo*, la corta edad de la niña, 7 años, aconseja que se atribuya la guarda y custodia a la madre, la que, ya lo venía haciendo, al desarrollarse el matrimonio en base al trabajo del padre y ser ella, como «ama de casa», la que se dedicaba a la atención de la niña.

GUARDA Y CUSTODIA

Sin que exista un previo acuerdo entre los progenitores no procede fijar un régimen de guarda compartida.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María Hortensia García Esquius

Impugna la parte apelante el pronunciamiento principal de la sentencia de instancia del que derivan los efectos personales y económicos que constituyen también objeto del recurso: la sentencia atribuye a la madre la guarda y custodia de los dos hijos comunes de la pareja, mientras que el padre pretende que se atribuya compartidamente a ambos progenitores. Considera el apelante que la sentencia no ha valorado suficientemente las circunstancias del caso y más en concreto no ha tenido en cuenta la dedicación constante y habitual del padre al cuidado de sus hijos, la mayor disponibilidad del padre para cuidar a sus hijos por tener mayor flexibilidad laboral, su capacidad para ejercer las responsabilidades paterno-filiares, la mejor formación del padre para educar a los hijos, que el colegio de los menores se halla más cerca del domicilio paterno, que los menores consideran que tienen dos hogares y que además están preparados para la guarda y custodia compartida sin que ello comporte ningún desequilibrio. Frente a estos argumentos aduce la oponente que los hijos desde el mes de septiembre de 2003 están bajo su guarda y custodia, que la sentencia ha fijado un amplísimo régimen de visitas, y que los menores al ser explorados manifestaron que deseaban seguir como hasta la fecha. Por su parte, la representante el Ministerio Fiscal, actuando en el proceso única y exclusivamente, en interés de los menores de edad, estima acertada la decisión de atribuir a la madre la guarda y custodia e inadecuada la custodia compartida.

Todos los argumentos considera la sala que no son suficientes para acceder al cambio de guarda y custodia solicitado, dado que lo que se está deba-

tiendo es únicamente el interés de los menores. Éste es el criterio fundamental que debe regir en el momento de decidir a cuál de los progenitores debe atribuirse su custodia, manteniéndose plenamente compartida la potestad. El principio de prevalencia del interés del menor, reflejado entre otros en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, Convenio Europeo de Derechos Humanos, en sus artículos 1, 2, 16, 25 y 27, Convención sobre los derecho del Niño, ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (BOE de 31 de diciembre de 1990), Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980, sobre custodia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia y Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, rige en la materia e inspira toda la legislación, posibilitando además la intervención del menor en el proceso imponiendo que sean oídos los hijos mayores de 12 años y los menores cuando tuvieran suficiente juicio. En concreto dispone el artículo 82 del Código de Familia que a la hora de decidir sobre el cuidado de los hijos, la autoridad judicial ha de tener en cuenta preferentemente el interés de los hijos y antes de resolver ha de escucharles.

Los dos hijos de la pareja, Inmaculada, nacida el 2 de diciembre de 1992 y Roberto nacido el 24 de julio de 1996, residen desde la separación con la madre, decisión adoptada por ambos cónyuges de común acuerdo al producirse el cese efectivo de la convivencia. De hecho, en fecha 25 de julio de 2002 apenas cuatro meses antes de presentarse la demanda, ambas partes suscribieron un convenio regulador de la separación en cuyo contenido no llegaron a ratificarse a presencia judicial, razón por la cual se está tramitando el proceso contencioso.

Es importante tomar en consideración la existencia de este convenio en la medida en que los pactos alcanzados por los cónyuges en un previo convenio de separación deben ser respetados y cumplidos en tanto no se acredite una alteración sustancial de las circunstancias. El convenio no responde sólo a un momento puntual sino que tiene una clara vocación de futuro hasta el punto que es la propia ley, en especial los artículos 76, 77 y 78 del Código de Familia de Catalunya, la que atribuye a los miembros de la pareja un amplio margen a la autonomía de la voluntad para regular los efectos de la situación de crisis, ya que en principio nadie está en mejores condiciones para determinar las consecuencias de la ruptura y los efectos tanto personales como económicos, que los propios interesados, que conocen perfectamente sus circunstancias personales y los medios con que cuentan y como negocio jurídico bilateral, propio del derecho de familiar, disfruta de la eficacia y fuerza vinculante de cualquier otro negocio bilateral, con independencia de que la falta de homologación judicial impida su plena ejecutividad. En este sentido, el artículo 76 del Código de Familia atribuye a los cónyuges la posibilidad de establecer o pactar quién de los dos habrá de tener la guarda y custodia de los hijos comunes y el régimen de visitas con el progenitor no custodio y sólo en defecto de acuerdo, el juez decidirá en beneficio del hijo, la medida más conveniente. Ahora bien, así como en el supuesto de las medidas personales y patrimoniales que afecten a los miembros de la pareja, la autonomía de la voluntad no tendrá otros límites que los establecidos en el mismo artículo 76 y concordantes y aquellos que con carácter general impone el artículo 1255 del Código Civil, o sea que los pactos no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, en el supuesto de pactos que afecten a la guarda de los hijos, régimen de visitas y alimentos, la autonomía de los progenitores vendrá supeditada a la aprobación judicial por tratarse de materias de orden público.y por cuanto en todo lo concerniente a la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad y las medidas que en torno a ella hayan de adoptarse como consecuencia de la ruptura de la unidad familiar, constituye criterio preferente el interés del menor, según resulta del redactado de los artículos 133 y 135 del Codí de Familia de Catalunya ya citado.

En este caso, los cónyuges deciden, de mutuo acuerdo, que provisionalmente los hijos permanecerían en el domicilio familiar, bajo la guarda del padre, subrayándose incluso que esta medida se adopta de «forma provisional hasta la notificación y establecimiento de un nuevo domicilio de residencia de la madre y que a partir de ese momento, la madre recogerá a sus hijos en el domicilio actual del padre y tendrá la guarda y custodia de los hijos», recalcándose expresamente que «ambos progenitores están de acuerdo en que esta situación es provisional, obteniendo la madre la custodia inmediata de su hijos cuando se dé la condición del establecimiento de su nueva residencia definitiva, renunciando a la vez a su vivienda habitual y a su ocupación». De hecho, así ha ocurrido puesto que la madre y los hijos pasaron a residir en una vivienda arrendada distinta de la que constituía domicilio conyugal razón por la cual además no se ha efectuado atribución a la madre y los hijos del domicilio familiar. Luego no sólo las partes firmaron un convenio asumiendo unas condiciones, sino que si procedemos a la interpretación del convenio aplicando las reglas generales sobre interpretación de los contratos que rigen en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, forzosamente hemos

de concluir que la intención de los contratantes coincidía con lo pactado en el documento de 25 de julio de 2002 y con sus actos inmediatamente posteriores a la firma del documento.

Por si ello no fuera suficiente, las razones esgrimidas por el apelante no han conseguido aportar datos suficientes para considerar más beneficioso para los menores el sistema de guarda compartida que si bien se está revelando como el más positivo para un adecuado desarrollo integral de los hijos, no siempre es de fácil y posible aplicación pues exige siempre como premisa básica una voluntad acorde de los padres y en su defecto, la inexistencia de una situación de conflicto que perturbe el normal desarrollo del sistema de guarda. De hecho, todas y cada una de las circunstancias que según el apelante sirven de apoyo para solicitar la guarda compartida ya existían en el momento de suscribirse el documento de convenio, copia del cual aporta con su demanda el propio actor apelante. Es más el mismo día 25 de julio de 2002 ambos cónyuges firman un documento en el que literalmente reconocen «que el convenio regulador de separación firmado por ambos cónyuges en fecha 25 de julio de 2002 ha sido redactado íntegramente siguiendo nuestras exigencias y disposiciones expresas, reconociendo nuestra completa conformidad con su contenido» y desde esa fecha no consta que se haya producido una alteración de las circunstancias que justifique que deje de considerarse conveniente para los hijos continuar bajo la custodia de la madre cuyo horario laboral quizás no sea tan flexible, pero que le permite igualmente atender a la crianza de los hijos. Es cierto que consta en autos un informe de la Psicóloga Sra. Begoña que concluye que es adecuada la custodia compartida por semanas alternas, teniendo en cuenta que el progenitor no-custodio debe mantener relación con los menores durante la semana, pero también es cierto que otra psicóloga, la Sra. Nuria del Centre Psicològic, emite informe en sentido contrario, partiendo además del control practicado a los menores al requerirse su intervención profesional por la situación de inestabilidad que presentaban a raíz de la separación de los padres y tanto en el primer informe como en el de fecha 12 de mayo de 2003 no sólo aconseja seguir la terapia iniciada, sino que no cree conveniente instaurar un régimen d custodia compartida.

En conclusión, sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar los cónyuges, y entendiendo que el acercamiento de posturas resultaría favorable a los intereses de los hijos y supondría una garantía en aras a rodearles de un mayor clima de confianza y seguridad, en suma de estabilidad emocional que están reclamando a su manera, mientras este acuerdo no se consiga, no se considera conveniente efectuar cambio alguno en la actual situación, manteniéndose todos y cada uno de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

GUARDA Y CUSTODIA

Necesidad de que los traslados de la menor a Cuba se autoricen por el padre a fin de que sus estancias no puedan prolongarse en exceso e interferir negativamente en su rendimiento escolar.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Pablo José Moscoso Torres

Es cierto que las medidas relativas al cuidado y educación a los menores deben fijarse siempre en función de lo que resulte más beneficioso para ellos, tras oírles si tuvieren suficiente (artículo 92 del CC); en este caso, sin embargo, se plantean serias dudas de que la atribución de la custodia de las menores al padre sea lo más beneficioso para ellas.

Por lo pronto, de las manifestaciones en su exploración de la menor María Inés, que tiene ya una edad que revela una cierta madurez (quince años en el momento de esa diligencia pero que, en la actualidad, ya ha cumplido los dieciséis años), hay que resaltar que mostró su voluntad inequívoca de convivir con la madre, sin perjuicio de las comunicaciones y visitas que pudiera mantener con el padre; además, ha convivido mayor tiempo con su madre, incluso los períodos en los que ésta ha estado en Cuba, y lo mismo hay que decir sobre la otra hija menor de edad. Por otro lado, la apelante ha acreditado con los documentos acompañados con su escrito de recurso (y admitidos por esta Sala) que, en contra de lo señalado en la sentencia apelada, María Inés no ha perdido el curso escolar,

pues finalizó en junio cuarto de la ESO obteniendo el título de graduado escolar, y se encuentra matriculada para el presente curso escolar de 2004/05 en Primero de Bachillerato, que es el que corresponde en función de su edad.

También es necesario ponderar, a estos efectos, el horario de trabajo del padre según señaló en el acto de la vista («hace guardias de 24 horas cada tres días, y en verano trabaja 24 horas y tiene dos días libres»), que puede dificultar la atención continuada que exige la guarda de los menores y que haría preciso acudir a la ayuda de terceras personas, mientras que el horario de la madre, en las ocasiones que trabaja, cuenta con un horario ajustado y compatible con las atenciones que exigen las menores en atención también a su horario escolar.

Pues bien, si se tiene en cuenta, en primer lugar, las manifestaciones de la menor María Inés (que no se justifican con argumentos caprichosos) y su deseo vehementemente expresado de convivir con la madre (aunque se lleve bien con el padre y desee mantener con él unas comunicaciones fluidas); en segundo lugar, la conveniencia de no separar a las hermanas; en tercer lugar, que la convivencia con la madre se ha mantenido incluso en períodos en los que se encontraba en Cuba; en cuarto lugar, que el mismo padre ha reconocido la dedicación de la madre a las hijas; en quinto lugar, que no se ha producido una influencia negativa de las estancias de la madre en su país sobre la progresión escolar de las menores, y, finalmente, que el horario de trabajo de la madre es más favorable para atender a las necesidades que demanda la custodia de las menores, fácilmente se llega a la conclusión de que lo más beneficioso para ellas es atribuir su custodia a la madre, y no al padre, como se hace en la resolución impugnada.

Ahora bien, ha de matizarse que esa custodia no impide que la patria potestad siga residenciada en ambos progenitores como permite el artículo 156 del CC, y que, por tanto, el padre deba intervenir en aquellas decisiones que pueden tener influencia en la educación de las menores y en el régimen de visitas, resolviendo el juez en caso de desacuerdo entre los padres. En razón de ello, se considera oportuno acordar expresamente que el padre deberá autorizar los desplazamientos de las menores a Cuba en caso de que la madre los haga y quiera acompañarse de ellas, todo ello con el fin de que sus estancias no puedan prologarse en exceso e interferir negativamente en su rendimiento escolar y en el régimen de visitas que se establece para que comuniquen con el padre; en caso de que exista descuerdo al respecto entre las partes, deberán plantear la cuestión ante el juez competente, conforme a lo ya señalado.

GUARDA Y CUSTODIA

No es determinante para la atribución de la guarda y custodia que el padre se dedicase a la llevanza y recogida de los menores del centro escolar.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María Hortensia García Esquius

Todos y cada uno de los pronunciamientos de la sentencia de instancia han sido impugnados por la apelante que al interponer su recurso solicita que le sea atribuida la guarda y custodia de los hijos comunes de la pareja, Carlos, nacido el 21 de enero de 1997, y Laura, nacida el 26 de octubre de 2000 y que como consecuencia de esta atribución se adopten las medidas solicitadas en su escrito de contestación: régimen de visitas a favor del padre, y establecimiento de una pensión de alimentos mensuales a favor de los hijos y a cargo del padre, asi como atribución del uso de la vivienda familiar.

La sentencia que se recurre declara la separación de los cónyuges, atribuye al padre la guarda y custodia de los hijos del matrimonio, fijando a favor de la madre un amplio régimen de visitas y la obligación de abonar una pensión alimenticia de 100 euros al mes y atribuye al padre el uso del domicilio y puesto que la cuestión de la custodia de los hijos es la que centra el debate debe comenzarse pues analizando si la decisión es o no la más acertada teniendo en cuenta todos las circunstancias concurrentes.

En materia de atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad rige el principio de prevalencia del interés del menor, reflejado entre otros en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, Convenio

Europeo de Derechos Humanos, en sus artículos 1, 2, 16, 25 y 27, Convención sobre los derecho del Niño, ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (BOE de 31 de diciembre de 1990), Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980, sobre custodia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia y Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, legislación que exige extremar la atención en la adopción de las medidas que afecten al cuidado de los menores, con la finalidad de evitarles cualquier situación de riesgo o peligro físico o psíquico.

Este principio rige también nuestro ordenamiento de modo que el artículo 82 del Código de Familia, en su apartado 2 dice de forma expresa que a la hora de decidir sobre el cuidado de los hijos y los otros aspectos a que hace referencia el artículo 76 (sobre los efectos reguladores de la separación), la autoridad judicial deberá tener en cuenta preferentemente el interés de los hijos.

En el presente supuesto nos encontramos que la sentencia cambia de criterio de forma radical respecto a lo acordado en medidas provisionales y decide atribuir al padre la guarda de los menores cuando en el Auto de Medidas dictado el 4 de febrero de 2003 había decidido que fuera la madre quien asumiera esta custodia. Si se examina el Auto de medidas se observa que entonces se razonaba que «ambos aparecen como buenos padres y ni de las testificales, ni de la documental, ni de ninguna otra prueba resultan datos que permitan hacer dudar de la capacidad», llegando a valorar el informe pericial de la Sra. Ignacio en los siguientes términos «No es relevante el informe percicial elaborado por don. Ignacio, que únicamente entrevista al padre y cuyas observaciones en todo caso no permiten concluir que es más beneficioso para los hijos la atribución de la guarda y custodia a uno u otro progenitor» y continúa «tampoco aparece como significativo el horario de las partes ni la mayor facilidad o no para llevar o traer a los hijos y tampoco es relevante el cuadro de ansiedad que conyunturalmente presenta la Sra. Ariadna, que normalmente será el asociado a la crísis de pareja» y en base a todo ello, el juzgador estima procedente atribuir a la madre la guarda de los hijos. Pues bien, si se transcriben en la presente sentencia los precedentes razonamientos jurídicos no es más que en aras a contrastar los mismos y la valoración de la prueba que en ellos se contienen con los que se efectúan en la sentencia definitiva, para tratar de entender qué circunstancias han llevado al juzgador a cambiar de criterio y al proceder al examen de dicha sentencia se advierte que el único argumento, debiendo subrayarse el calificativo de «único» porque es el que emplea la sentencia, que sirve para decantar la decisión del juzgador es el informe del Equipo de Asesoramiento Técnico Civil porque en el mismo se dice que la Sra Ariadna «denota una immaduresa en al seva persona i una major fragilitat i vulnerabilitat, pel que de forma involuntaria pot transmetre elements de inestabilitat en els menor que poden agrejar i afectar el desenvolupament d'aquests» y aún añade que el referido informe apenas se decanta por uno u otro progenitor y para realizar las valoraciones referidas basta las entrevistas con los progenitores.

No puede en absoluto coincidir la Sala con la apreciación del juzgador en la medida en que si admitieramos que un «único» elemento es suficiente para resolver sobre qué medida es más adecuada resultaría ociosa la práctica de cualquier otra actividad probatoria. Bastaría con reclamar de los equipos técnicos el preceptivo informe y acordar lo que ellos hubieran valorado. La tarea de decidir en un tema tan delicado como trascendente para todos los implicados en el mismo, pero muy especialmente para los niños cuya custodia se discute, exige una examen riguroso de todas y cada una de las pruebas de las que haya constancia en autos, contrastándolas con las alegaciones de las partes y asumiendo que en esta materia no siempre es facíl acertar. De hecho, el meritado informe del SATAV, elaborado por el psicólogo Sr. Juan Enrique al efectuar la valoración final está incluso proponiendo que la comunicación padre/madre/hijos sea diaria, –así lo dice textualmente–, lo que quizás no sea muy realista dado el contexto en el que estamos, un proceso de separación contenciosa. Pero lo más llamativo es que se considere que a la vulnerabilidad o fragilidad que este profesional detecta en la madre se le conceda tanta relevancia cuando en los mismos autos consta que otra profesional, en este caso la Psicóloga perito de la parte actora don Ignacio, a la que acudió el padre en solicitud de informe sobre el estado de los menores, manifestó en el acto de la vista sobre la personalidad del padre lo siguiente: «que a nivel personal es apacible, tranquilo, docil, huye del conflicto, más bien cede que afronta». Como también resulta llamativo que tanto al folio 446 como al folio 457 de los autos, con referencia al informe del SATAV aparezcan las siguientes certificaciones: a) la suscrita por la Psicóloga Marcelina adscrita al Instituto NEPP manifestando que «el Sr. Juan Enrique Psicologo de la generalitat, no ha mantenido en ninguna ocasión una conversación telefónica conmigo y por ello no entendemos por qué afirma en el informe de la generalitat de 18 de febrero de 2003 que ha habido conversación telefónica entre ellos y el Instituto NEP» y b) la emitida por la Psicoanalista Sra. María Purificación, negando haber efectuado algunas de las manifestaciones que en el repetido informe se contienen.

Partiendo de las anteriores consideraciones y de que ninguno de los progenitores tiene un derecho preferente respecto al otro, pues superado ya el criterio legal favorable a las madres tanto el padre como la madre tiene un igual derecho-deber para asumir la custodia ordinaria de los hijos en las situaciones de crisis de la pareja, la Sala considera procedente modificar el criterio del Juzgado fundamentalmente por las siguientes razones:

En primer término por cuanto como ya se ha dicho, en el Auto de Medidas provisionales se acordó atribuir a la madre la custodia de los menores y esta decisión se adoptó pese a contarse ya con el informe de don Ignacio y no otorgando relevancia alguna a la influencia que pudiera representar en el cuidado de los menores el trastorno de ansiedad reactivo de la problemática familiar que había sufrido la Sra. Ariadna (folio 281). Es cierto que las medidas acordadas con carácter provisional, precisamente por su propia naturaleza y tal y como se deriva de su propia definición y de lo que disponen los artículos 771 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pueden condicionar las que hayan de adoptarse en la sentencia definitiva que como dispone el artículo 774 las sustituirán, pero indudablemente, si tales medidas se han adoptado tras la práctica de una determinada prueba y ésta no ha sido desvirtuada al profundizarse a lo largo del proceso, está claro que constituirán un elemento más a considerar.

En segundo lugar porque la prueba de la dedicación del padre al cuidado de los hijos se centraba inicialmente en una de las tareas que conforman este cuidado, la de la llevanza y recogida de los menores del centro escolar, tarea por otra parte que es habitualmente delegada en uno u otro trayecto por los progenitores, bien en los abuelos, parientes, canguros o incluso transporte escolar. En este caso el padre acompaña en apoyo de sus alegaciones y junto al escrito de demanda sendos certificados de la Llar d'Infants El Passeig (folio 22) y de la Fundació Joan XXIII, (folio 23) informando que el padre es la persona que habitualmente va a la escuela a llevar y recoger a los niños. Pero tales certificados se contradicen con los emitidos por los mismos centros con posterioridad (folios 213 y 280) y la información que estos certificados posteriores proporciona, tras oír a los propios interesados acerca de sus horarios laborales y a los testigos, se acerca más a la realidad: en el último certificado ya se concreta que las personas que han venido durante estos tres años a buscar y acompañar a Pedro Jesús al colegio son los padres y también tiene autorización los abuelos maternos que «son los que han venido más frecuentemente». No hace falta añadir más, a no ser otro detalle y es que los referidos centros aún elaboran otro certificado que la parte, en este caso la madre al contestar, trae a los autos, informando de que la persona que ha asistido a las entrevistas personales con la tutora y a las reuniones generales de curso ha sido la madre (folios 212 y 213). A las visitas médicas, según resulta de los documentos obrantes a los folios 215 y 216, parece ser que acude la madre, la cual permaneció una temporada tras el nacimiento de la niña dedicada exclusivamente al cuidado del hogar y los hijos, hecho no negado por el padre.

En cuanto a la relación de los menores con los progenitores, la Dra. Ignacio nos informaba que el niño siente adoración por su padre, lo que por otra parte es una pauta corriente en la fase de crecimiento en que se encuentra Pedro Jesús, que se trata de un niño muy inteligente, que está pasando por un momento puntual y que ha percibido desde el inicio todo lo que estaba pasando, y partiendo de que la decisión de separarse es de la esposa «el niño está muy enfadado con la madre», aclaraciones que efectúa la psicóloga en el acto de la vista en relación a su informe, pero dado que el informe se lleva a cabo sin la presencia de la madre, queda en el aire sin resolver cómo es la relación con la madre, pues igualmente puede el niño sentir adoración hacia ella. En realidad, ambas figuras son para el hijo las más queridas e importantes de su vida y de hecho cuando Pedro Jesús acude, esta vez con su madre, a otro profesional, la Sra. Luisa, ésta elabora su informe recogiendo una frase del menor «papa grita más porque le hago enfadar más» que viene a coincidir con lo manifestado en el interrogatorio a la parte. Al estado emocional de la menor Laura parece que se le está otorgando menor relevancia, por su edad, pero la Sala no puede por menos que reparar en este hecho puesto que son precisamente los niños de menor edad, que todavía no han desarrollado mecanismos de comunicación y comprensión, los que exigen mayor atención y en este sentido, parece claro que Laura debía presentar un alto grado de vinculación a la figura materna presente con mayor intensidad al haberse dedicarse a su cuidado de forma plena un mayor período de tiempo.

La capacidad de ambos progenitores para afrontar con responsabilidad, cariño y dedicación el cuidado de los menores no es preciso discutirla, coincidiendo los profesionales en ello. Es más el propio padre al ser interrogado reconoce que su esposa ha sido y es una buena madre, y a pesar de que la estrecha relación de la madre con sus propios progenitores es calificada de forma negativa como dependencia por el Sr. Juan Enrique, el perito Dr. Carlos Alberto, psiquiatra, considera que el hecho de que los abuelos maternos ejerzan un rol de apoyo es un dato positivo en cuanto a la valoración de la dinámica armoniosa y la cohesión familiar que la madre es capaz de mantener en

torno a ella y sus vástagos y debe considerarse como un factor favorable como apoyo complementario o auxiliar para los adecuados cuidados y atenciones respecto a los menores (folios 448 a 453). Considera igualmente la Sala que la presencia de los abuelos, a quienes tanto el Código Civil en su más recientes reformas, como el Código de Familia en su artículo 135.2, otorgan una preferencia especial en orden a las relaciones personales con el niño, es no sólo positiva para los menores, sino un elemento de cohesión y seguridad básicos en el desarrollo de la personalidad del niño reforzando su sentido de pertenencia a la familia.

Por consiguiente, y expuesto todo lo anterior, se considera procedente atribuir a la madre la guarda de los menores, lo que conlleva asimismo modificar las restantes medidas personales y económicas que derivan de la principal.

GUARDA Y CUSTODIA

No ha lugar a modificar el régimen de custodia ya que con ocasión de la separación de hecho ya quedó patente el problema psíquico de la madre no haciéndose objeción alguna en ese momento por el padre para que se atribuyera a aquélla la custodia de los hijos.

AP VALLADOLID, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Salinero Román

Nada tenemos que objetar a la resolución judicial pues los argumentos expuestos en el recurso no desvirtúan ni privan de eficacia a las razones que en la sentencia se expresan para entender que la madre es plenamente capaz para asumir la obligación que se pone a su cargo y no existe prueba ninguna de que los menores estén sometidos a riesgo que pueda suscitar el temor del recurrente, pues es obvio que al tiempo de la separación de hecho de los cónyuges ya se daban todas las circunstancias que ahora presenta el recurrente, pese a lo cual no hizo objeción a que los menores quedasen bajo la custodia de la madre, lo que a juicio de la Sala constituye un serio indicio de la falta de razonabilidad de los motivos del apelante para ahora pretender lo contrario. El informe psicosocial emitido con proximidad al momento del dictado de la sentencia avala además la solución judicial, pues en dicho informe, que ha valorado, según se desprende de su contenido, el estado psíquico de la madre y sus antecedentes, así como el tiempo que los hijos llevan en su compañía, se dictamina la normalidad de la estructura de personalidad de la madre y lo idóneo de sus habilidades para cubrir las necesidades básicas propias y las de sus hijos por lo que no existe ninguna razón de entidad suficiente para el cambio de un régimen que no se ha demostrado perjudicial para los menores y que ha sido el habitualmente seguido por conformidad de ambos progenitores. En el propio informe se relata el normal desarrollo evolutivo de los menores y su correcta adaptación a su nuevo entorno familiar, así como el propio deseo de los menores de que el régimen de relación con sus padres se siga manteniendo.

RÉGIMEN DE VISITAS

Dada la escasa edad de los menores se considera más oportuno que el menor siempre pernocte con la madre.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Modesto Valentín Adolfo Blanco Fernández del Viso

El primer motivo del recurso interpuesto contra la sentencia de la primera instancia se refiere al régimen de visitas de los hijos menores establecido en la sentencia. Respecto de esta medida conviene señalar que así como la atribución de la guarda y custodia que se establece tras la ruptura matrimonial es una medida que debe ser adoptada en beneficio de los hijos, de conformidad con lo dispuesto

en el artículo 92 del Código Civil, criterio idéntico al consignado en el artículo 159 del mismo texto legal, redactado conforme a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma de dicho Código, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, siendo una de las consecuencias de la atribución de la guarda y custodia la regulación del derecho de los padres a comunicarse con los hijos que dispone el artículo 160 del Código Civil, su determinación tendrá presente el mismo criterio del beneficio de los hijos.

Por tanto, puesto que se tiene que decidir ante el desacuerdo de los padres en este extremo, puesto que el beneficio de los hijos, criterio legal antes expuesto, constituye un concepto jurídico indeterminado, en consideración a la escasa edad de los menores esta Sala viene determinando con carácter general que lo lógico y conveniente es que pernocte siempre con la madre, según determinó la sentencia apelada, con la conformidad de la madre y del Fiscal.

RÉGIMEN DE VISITAS

No existe causa alguna objetiva para aminorar las visitas, puesto que el comportamiento del padre con sus hijos es normal, habiéndose archivado las diligencias penales por supuestos abusos sexuales.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblezas Negrillo

Por lo que se refiere al régimen de visitas, antes de entrar en el examen del concreto caso de autos, hemos de señalar que el llamado «derecho de visitas», regulado en el artículo 94 en concordancia con el artículo 161, ambos del CC, así como en el artículo 135 del Codi de Familia no es un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores y de los hijos si tienen un suficiente grado de discernimiento, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los mismos en aras de un desarrollo armónico y equilibrado, posibilitando tanto el artículo 91 CC, como el artículo 94 mencionado, la eventual alteración de las medidas acordadas en torno a ellos, caso de así aconsejarlo las circunstancias e incidentes concurrentes en su desarrollo.

En el caso de autos, la demandada insiste en que debe reducirse el régimen de visitas, aludiendo siempre a un supuesto asunto de abusos sexuales del padre para con los hijos comunes. Pues bien, en modo alguno podemos aceptar dicha pretensión,; por auto de 3 de junio de 2002 se procedió al archivo de las diligencias previas 111/2002; el posterior de 26 de julio de 2002 deniega el recurso de reforma, y posteriormente, previa denuncia de la demandada por nuevos abusos de 6 de agosto de 2003, se dicta auto de sobreseimiento libre el 21 de octubre de 2003, y según el Ministerio Fiscal, con fecha 16 de octubre de 2003, se ha acordado la ejecución de la sentencia recurrida a instancia del apelante. Es más, según el informe del Hospital de Sant Joan de Deu, los niños no muestran signos de abuso sexual y sí la repercusión psicológica por el conflicto entre los padres; recomienda un estudio de ambos progenitores y de la relación de los menores con cada uno por el servicio del SAT civil. Éste por su parte, en su informe de 30 de mayo de 2003, manifiesta que ninguno de los progenitores describe cuadros sintomáticos o indicativos de psicopatología, existiendo sin embargo, intereses económicos que parecen tener peso específico tan relevante, que impera sobre otros aspectos, tales como la verdadera preocupación por los hijos, por lo que se precisa un servicio de control de la relación familiar para los encuentros paterno-filiales, tanto para observar como se produce y progresa la relación paterno-filial, como para objetivar la posible manipulación materna; y habiéndose establecido tal control en la sentencia que se recurre, no existiendo causa alguna objetiva para aminorar las visitas en la forma peticionada al no constar dato alguno referente al comportamiento del padre con sus hijos que desaconseje la natural y deseable comunicación y relación afectiva que debe existir entre ellos, es lo que en definitiva nos lleva a concluir que el motivo que se examina deba ser íntegramente desestimado, con la consiguiente confirmación de la sentencia impugnada en este particular.

RÉGIMEN DE VISITAS

Al no haberse determinado la paternidad, no procede en el procedimiento de separación fijar medidas en relación con el menor que nació antes de que actor y demandada contrajesen matrimonio.

AP ALBACETE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José García Bleda

La resolución de instancia acuerda la separación de los cónyuges, extremo que se consiente, no obstante se establece régimen de visitas y se señala pensión alimenticia de 180 euros mensuales a favor del menor Jesús Ángel nacido el 7 de agosto de 2000 quien como el propio actor reconoce figura inscrito en el Registro Civil con los apellidos de la madre y nació antes del matrimonio sin que conste acreditado, ya que ni siquiera se ha aportado certificación literal de la referida inscripción de nacimiento, que el referido menor sea hijo del actor, por lo que es obvio que previamente para señalar los efectos que pretende el actor respecto al referido menor –régimen de visitas e incluso la obligación alimenticia a su cargo que voluntariamente ofrece– es necesario que se declare la paternidad del actor ya que no existe ninguna presunción de paternidad que pueda deducirse por ministerio de la Ley por el mero hecho de que el actor contrajera matrimonio el 17 de noviembre de 2001 con la madre del mismo, pues ni consta que reconociera al referido menor y que, en su caso, lo hiciera con el consentimiento de la madre que además se ha opuesto y ha negado expresamente que el actor sea el padre del menor, por lo que en tal caso el actor sí desea que se le reconozca como tal ha de ejercitar el correspondiente proceso de filiación. Razones que exigen desestimar el recurso y dejar sin efecto los extremos de la sentencia que hacen referencia al régimen de visitas y señalamiento de pensión alimenticia a favor del menor.

RÉGIMEN DE VISITAS

Procede que, en caso de que por una causa justificada, el padre no pueda recoger al menor cuando le corresponda su compañía, pueda hacerlo un familiar.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

El actor interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gandía el día 3 de mayo de 2004, aclarada por el auto de 21 de junio del mismo año, que acordó el divorcio de los litigantes y atribuyó a la demandada la guarda y custodia de un hijo de 4 años de edad, reconociendo un régimen de visitas para el demandante.

Como ha declarado con reiteración la jurisprudencia, en el artículo 94 del Código Civil se configura el derecho, que también es una obligación del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad de comunicar con ellos y tenerlos en su compañía; este derecho-obligación se inscribe en el marco de las relaciones paterno-filiales, siendo una faceta del desarrollo de la personalidad de los hijos importante y en cuya determinación, concreción y desarrollo ha de primar, no obstante el derecho del progenitor, el principio rector consagrado en el artículo 92 del Código Civil, acerca de que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, hasta el punto de que si son mayores de doce años o tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos al respecto; en el caso que se somete hoy a la decisión del Tribunal, no existe una prueba objetiva que concretamente avale la ampliación del régimen de comunicación reconocido al apelante, que ya es lo suficientemente amplio, más que el establecido en la Sentencia de separación de 25 de marzo de 2002, tanto para el padre como para los abuelos paternos; por el contrario sí es procedente permitir que en el caso de que por una causa justificada no pueda el padre recoger al menor cuando le corresponda su compañía, pueda hacerlo un familiar, lo que encuentra su amparo legal en el artículo 160 del Código Civil.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede modificar el régimen de visitas, ya que aunque se constata cierta falta de habilidad por parte del padre para cuidar a una hija de corta edad, dicho problema con voluntad y tiempo se superará.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María Hortensia García Esquius

Entrando ya pues en lo que constituyen motivos del recurso debe comenzarse resolviendo el debate sobre la posible limitación del régimen de visitas. La sentencia, remitiéndose a lo acordado en el auto de medidas, resuelve fijar un régimen de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20 horas del domingo, mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa por años alternos, y verano de forma alterna. La madre discrepa de este régimen que no considera adecuado, más por la forma en que dice que se está desarrollando, como por la corrección de la medida. Lo probado en autos no lleva a estimar perjudicial para la niña el actual régimen, sino que denuncia hechos que quizás evidencian una cierta falta de experiencia de la realidad infantil y de las necesidades de la niña por parte del padre, problema que con el tiempo y voluntad puede ser superado pues básicamente a ejercer la paternidad se aprende diariamente con la relación con los hijos. Lo que sí es exigible es que se ejerzan las funciones de tutela sobre la menor con el mayor grado de responsabilidad. La menor Laura, nacida el 23 de noviembre de 1997, es aún muy pequeña, y su cuidado exige una atención constante, lo que en ocasiones comporte que deben ceder las necesidades y conveniencia de los padres frente a las auténticas necesidades de los hijos que en la primera infancia son especialmente sensibles a todo tipo de influencias. Por consiguiente, no estimando que la forma en que se están desarrollando las visitas comporte un perjuicio para la menor de tal entidad que justifique la limitación, y exhortando a las partes a que limen sus diferencias y traten de minimizar las posibles discrepancias en el modo de ejecutarse las visitas, se mantiene el régimen fijado en la sentencia que se acomoda a lo dispuesto en el artículo 135 del Código de Familia de Catalunya a tenor del cual el padre y la madre tienen el derecho de relacionarse personalmente con el hijo y la autoridad judicial podrá suspender o limitar estas relaciones sólo si pueden llegar a perjudicar al menor.

VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del uso de la vivienda no conlleva siempre la atribución del uso del ajuar doméstico, debiéndose atribuir el segundo a quien acredite un interés más necesitado, en este caso los hijos menores, que tuvieron que abandonar la vivienda con su madre.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors

Igual suerte desestimatoria debe correr el siguiente motivo de la apelación del actor, esto es, que le sea a él atribuido la totalidad del ajuar familiar, pues si bien es cierto que, tanto el artículo 76 como el 83 del Código de Familia, hacen mención conjunta de la atribución del uso de la vivienda y del ajuar existente en la misma y lo habitual suele ser que sean asignados a la misma persona, no lo es menos que, tras una detenida lectura de sendos preceptos, no puede colegirse, a diferencia de lo aducido por el recurrente, que deba otorgarse siempre el ajuar a quien le ha sido atribuido el uso del domicilio, sino que ha de valorarse el supuesto fáctico concreto en función del interés

prevalente de los hijos –que no puede olvidarse, en esta materia es el más necesitado y digno de protección (y no el de uno u otro progenitor)–, y así lo entendió el propio legislador, cuando, en el mentado artículo 83.2. del CF, deja tal asignación al criterio del órgano jurisdiccional «atendidas las circunstancias del caso», y en el número 1 del mismo precepto precisa «salvo que tal atribución resulte perjudicial para los hijos».

Por ello, el Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el supuesto que nos ocupa, en que la esposa e hijos tuvieron que salir del que constituyó la sede del domicilio familiar, renunciando aquélla a su uso, pese a no tener vivienda propia y a que el mismo le correspondería a ella hasta que sus dos hijos alcanzaran independencia económica, es por lo que se estima perfectamente adecuado, en el presente caso, la atribución del ajuar familiar a la esposa e hijos –ya que aquél debe seguir a éstos, en base al principio del *favor filii*–, cual ha realizado la Juzgadora de Instancia, si bien la Sala estima conveniente introducir una ligera precisión al contenido de la resolución, a fin de que pueda llevarse a cabo con total normalidad el régimen de visitas padre-hijos en la vivienda que constituyó la sede del hogar familiar, esto es, que tal adjudicación del ajuar familiar –previo inventario a realizar en fase de ejecución de sentencia– a la madre e hijos, no se formalizará hasta el momento en que se proceda a la efectiva liquidación del patrimonio conyugal.

VIVIENDA FAMILIAR

Procede considerar que la vivienda fue cedida gratuitamente a la demandada en virtud de la relación existente entre las partes –cónyuge separada legalmente del hijo de la actora también actor– sin que se fijara un plazo o «uso» determinado, procediendo en consecuencia la estimación de la demanda de desahucio por precario.

AP MADRID, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Luis Gordillo Álvarez-Valdés

Esgrimiéndose por la parte apelante en el recurso que la sentencia acepta la alegación de la demandada sobre una cesión gratuita e indefinida del inmueble omitiendo límite alguno a tal cesión mediante término o condición, invocando igualmente que en caso de duda sobre la duración del comodato la prueba incumbe a la comodataria, la Sala, como punto de partida, debe reproducir las consideraciones vertidas en sentencias recaídas en esta Audiencia ante supuestos análogos al de autos, así en Sentencia de la Sec. 20.ª de 2 de noviembre de 1993: «En los supuestos de utilización gratuita de un inmueble por benevolencia de su dueño, en razón de amistad, parentesco u otros, por mera liberalidad, la calificación jurídica del vínculo entre ocupante y propietario (o poseedor real) es la de comodato, pero como a efectos del desahucio por razón de precario lo que califica a éste son los efectos y no la causa, lo que determinará la improcedencia de la acción será la duración del contrato o el «uso» acordado; y lógicamente no puede el comodante recuperar la posesión del inmueble si no han transcurrido el tiempo o el uso convenidos, como se deduce claramente del artículo 1750 del Código Civil, en razón a la propia fuerza obligatoria del contrato (artículos 1256, 1258 y 1278 del Código Civil), previéndose sólo el supuesto de necesidad urgente del comodante para obtener la restitución, cuando no se pactó plazo, en el artículo 1749. A estos efectos es importante diferenciar entre el concreto «uso» de la cosa para el cual se presta o el «destino» específico o «finalidad» de la misma, pues mientras este último se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios y específicos, es decir una vivienda para habitar en ella o un coche para circular, por el contrario el «uso» al que alude el artículo 1750 hace mención a una aplicación o servicio determinado (así préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar, de un coche para un viaje, etc.), como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido al plazo de duración, diferenciándose así de los supuestos en que el comodante puede reclamar a su voluntad, pero que obviamente no implican que por falta de pacto sobre el «uso» pueda emplearse la cosa para algo distinto del que es propio por su naturaleza, así no puede concebirse que prestado un piso como almacén o gallinero, dado que siempre se entenderá que se cedió para vivienda, salvo excepciones que

deberán probarse. En suma, debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equipararse al supuesto en que exista un «uso» determinado, que debe ser específicamente pactado o resultar de costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil (la vivienda para habitarla o el vehículo para circular con él). En el concreto supuesto que nos ocupa es evidente que no hubo un «uso» preciso y determinado, pues al ceder el piso el actor a su hijo lo hizo para que éste lo ocupase, junto con su esposa, como vivienda familiar, pero, como hemos señalado, ese «destino o finalidad» es el genérico y propio del inmueble, por lo que no puede deducirse de ello que se pactase un uso cuyo ejercicio implicase una duración determinada, y al no haberse convenido tampoco plazo para el préstamo, es obvio que nos hallamos ante una situación posesoria que encaja en el precario, máxime cuando la relación de parentesco entre las partes disipa toda duda sobre la inexistencia en este caso de la presunción de onerosidad que frecuentemente se aduce para enervar la acción de desahucio cuando falta ese vínculo.

Doctrina también reflejada en S. de la Sec. 13ª de esta Audiencia de 13 de diciembre de 2000, 14 de marzo de 2000, 28 de junio de 1999, 21 de noviembre de 1996, 11 de noviembre de 1994; como en las de 29 de marzo de 1995 de la Sec. 11ª, 13 de diciembre de 1995 de la Sec. 12.ª, entre otras.

La Sala considera acreditado que la vivienda sita en la C/ [...], NÚMooo NÚMoo1 de Madrid le fue cedida gratuitamente a la demandada en virtud de la relación existente entre las partes –cónyuge separada legalmente del hijo de la actora también actor– y si bien la calificación jurídica de la figura es la de comodato, lo cierto es que no consta que en tal cesión se pactase un plazo o «uso» determinado según las resoluciones ya citadas, pues se cedió el piso a doña Marina para que lo ocupase, coincidiendo la Sala con el Juez *a quo* en no ser ya de aplicación el término resolutorio pactado en el convenio matrimonial respecto a una vivienda distinta a la que es objeto de autos (máxime cuando la cesión de esta última aconteció 25 días antes de vencer tal término, lo que implicaría la voluntad de las partes de no sujetar la cesión del piso de [...], NÚMooo NÚMoo1 a dicho plazo), y ello sin especificarse un uso determinado de dicho piso, sino únicamente el genérico y propio del inmueble, no así un uso pactado que implicase una duración determinada, por lo que no pactado tampoco plazo para tal cesión, la situación de precario es de plena acogida.

Si bien la demandada-apelada esgrime que se fijó como plazo el de la entrega a doña Marina de la vivienda que ésta había adquirido, no existe en autos elemento probatorio alguno que avale tal tesis.

Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, la acción de desahucio por precario debe de ser estimada, procediendo en su consecuencia la estimación del recurso y la de la demanda.

VIVIENDA FAMILIAR

Las derramas extraordinarias de la vivienda y el IBI deben ser abonados por el cónyuge titular de la misma, mientras que los gastos ordinarios lo serán por el cónyuge que use la vivienda.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

En primer término, con relación al uso de la vivienda familiar, que ha sido mantenido a favor de la actora y los hijos menores sin condicionamiento alguno, conviene señalar –y así lo ha admitido el M. Fiscal– que no se ha producido ninguna alteración sustancial de las circunstancias vigentes cuando ambos esposos pactaron las condiciones de uso de aquélla, resultando, además, debatida y enjuiciada en su momento tal medida mediante la sentencia firme arriba reseñada. Por tanto, no existe base legal para revisar en este momento dicho pronunciamiento, empleando argumentos que no tratan sino de volver a debatir lo que ya quedó zanjado en el anterior proceso de separación.

Con referencia a los gastos e impuestos de dicha vivienda, no puede acogerse el criterio

expuesto por el recurrente, a la vista de lo que viene sosteniendo esta Sala en orden a hacer recaer sobre el cónyuge titular de la misma el pago de las derramas extraordinarias y el IBI, las cuales corresponderían en este caso al marido, en tanto que quien tiene atribuido el uso debe hacerse cargo de las cuotas ordinarias de la Comunidad de Propietarios al derivar propiamente de éste. De ahí que no resulta procedente la petición de aquél de que sea su ex cónyuge quien asuma íntegramente la totalidad de las derramas extraodinarias y el IBI.

VIVIENDA FAMILIAR

No resulta procedente fijar un plazo de duración del uso de la vivienda atribuida a la madre y al hijo mayor de edad sin independencia económica, dado que se desconoce cuándo pueden cesar o variar las causas que justifican su atribución.

AP TARRAGONA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Marian Sara Uceda Sales

La Sra. Mariana en su recurso se muestra disconforme con la sentencia dictada al atribuirle el uso del domicilio familiar con carácter temporal por un período de dos años. Sostiene que dicho límite temporal no debió fijarse por cuanto su hijo, aunque mayor de edad, se encuentra estudiando y carece de independencia económica residiendo con ella en el domicilio familiar. Subsidiariamente considera que, en caso de fijarse un límite, debería fijarse en tres años a partir de que Pedro Francisco goce de independencia económica por acceder al mercado laboral.

Tal y como ya declaramos en nuestra Sentencia de 21 de septiembre de 2004, del artículo 83 del Código de Familia de Cataluña se deduce, que fuera del supuesto de concurrir hijos menores de edad sujetos a la guarda y custodia de uno de los progenitores en que prevalece el criterio de atribuir la vivienda familiar al cónyuge que tenga concedida la custodia de los menores, en los casos de inexistencia de descendencia, situación que cabe equiparar a cuando los hijos sean mayores de edad, sean o no independientes desde un punto de vista económico, la determinación del uso del hogar familiar debe establecerse en atención al criterio de quien de los cónyuges ostente el interés más necesitado de protección. En dicho sentido la sentencia de la Sec. 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de julio de 1999 expone en relación al artículo 96 del Código Civil y al artículo 83 del Código de Familia que: «ante la ausencia de hijos comunes dependientes de la familia, deberá atribuirse el uso al cónyuge más necesitado de protección, siempre que las circunstancias lo hicieran aconsejable, sin que proceda en tal caso el condicionamiento del derecho a un plazo determinado, aun con el criterio establecido en el artículo 83 del Código de Familia de Catalunya, toda vez que el criterio prevalente, el de la mayor necesidad, pugna con el establecimiento de un plazo cuando se ignora si tal necesidad subsistirá a la finalización del mismo o, incluso, si con anterioridad a la fecha cierta fijada, habrá desaparecido por circunstancias sobrevenidas. En definitiva, lo que el Código de Familia de Catalunya introduce es el criterio que jurisprudencialmente ya había sido establecido, en el sentido de que el derecho de uso de la vivienda familiar no puede tener un carácter vitalicio, sino que por su propia naturaleza ha de estar vinculado, en cuanto a su extensión temporal, tanto a la existencia de un mejor derecho, derivado del interés más necesitado de protección, como a la naturaleza del título jurídico del que se derive el derecho de posesión, puesto que si la finca deja de ser titularidad común, por el ejercicio de cualquiera de los cónyuges –propietarios de las acciones liquidatorias–, el derecho de uso se verá afectado por el cambio de titularidad».

Por lo tanto, en lo que se refiere a la duración del uso, la norma no obliga a establecer un plazo, limitándose a señalar que la atribución del uso tiene carácter temporal mientras dure la necesidad que la motivó y por ello, considerando esta Sala que es la actora la que ostenta el interés más necesitado de protección ya que se encuentra en una situación de mayor necesidad económica y que con ella convive el hijo mayor de edad que todavía sigue siendo económicamente dependiente, hecho admitido por el demandado que se mostraba conforme en atribuirle el uso y disfrute de la vivienda a la demandada, es

por lo que procede estimar el motivo de apelación, al no resultar procedente la fijación de un plazo al desconocer en el momento actual cuándo pueden cesar o variar las causas que han dado lugar a la atribución del uso de la vivienda a la demandada, ya que por la edad de su hijo es posible que en un período corto de tiempo pueda incorporarse al mercado laboral.

VIVIENDA FAMILIAR

El cambio en la guarda y custodia de la menor no tiene por qué suponer la atribución del uso de la vivienda familiar cuando el padre, que es a quien se le atribuye la custodia, convive con su compañera sentimental y dos hijas en otro domicilio.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio González González

La forzada situación de rebeldía de la demandada no se encuentra debidamente justificada, pues el hecho del acompañamiento a su madre enferma no limita su posibilidad de defensa, ya que su representación en juicio mediante procurador le evita la intervención en la tramitación del proceso, y lo mismo sucede con la aportación de pruebas, a salvo alguna en particular y con la necesaria justificación, lo que no se ha producido.

Por el contrario, la valoración que de la prueba obrante en autos efectúa la sentencia impugnada es acertada y correcta, y ello en conjunción con el deseo de la menor de convivir con su padre, deseo que no obedece a un mero capricho, pues se fundamenta en sus mejores relaciones con su padre y la familia de éste, así como en el cuidado y atenciones que recibe del mismo.

Sin embargo, el cambio en la guarda y custodia de la menor no tiene por qué llevar automáticamente a la aplicación del artículo 96 del Código Civil, respecto del disfrute del que fue hogar conyugal, pues también consta en la misma sentencia que el actor convive con su compañera sentimental y dos hijas en otro domicilio.

Por otra parte, y en cuanto a los alimentos, las suma señalada en la sentencia está en función solamente de la ayuda familiar que se dice percibe la demandada, sin que se consigne el importe de tal ayuda, por lo que de percibirla ha de íntegramente revertir en beneficio de la menor, y sin que haya quedado demostrado que tenga ingresos suficientes para afrontar el pago de alimentos.

VIVIENDA FAMILIAR

No cabe atribuir el uso del garaje dado que no puede tener la misma consideración que la vivienda familiar, pues se encuentra dividido en dos locales con entradas independientes desde el exterior.

AP LAS PALMAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Víctor Caba Villarejo

Se atribuyó a las hijas menores de edad y por extensión a la apelante el uso y disfrute de la vivienda familiar sita en la primera planta del inmueble radicado en la CALLEooo NÚMooo, en Valsequillo, más insiste la apelante en esta alzada en que se le atribuya el uso y disfrute del garaje sito en la planta baja de dicha vivienda. Sin embargo, ello no es posible puesto que ni puede asimilarse a la vivienda conyugal (artículo 96 CC), la casa o morada, ni como tal garaje de la vivienda familiar existe sin perjuicio de que el apelado pueda darle ocasionalmente ese concreto uso. Téngase en cuenta además que, en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales de fecha 9 de diciembre de 1997, la planta baja del edificio fue dividida en dos locales, uno para la actora y otro, el litigioso, para el apelado, con entrada independiente a la calle, y lo que se debe hacer es proceder al cierre de su otro acceso común al edificio.

VIVIENDA FAMILIAR

Se desestima la demanda de modificación de medidas que pretendía la prórroga de la atribución del uso de la vivienda familiar que se fijó con carácter temporal en la anterior sentencia de separación.

AP TARRAGONA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Portugal Sainz

Se invoca por la apelante errónea valoración de las circunstancias tenidas en cuenta a efectos de acordar la prórroga solicitada.

La petición por la apelante en el presente procedimiento de modificación de medidas de separación se centró en que la atribución y disfrute del domicilio familiar a la apelante se prorrogara por un año más a partir de la fecha de la sentencia, que fue dictada en fecha 13 junio 2002 en primera instancia en la que se concedió un período de cinco años y habiéndose recurrido la misma la Ilma. Audiencia Provincial por Sentencia de fecha 18 febrero 2003 se acordó que la medida mencionada quede limitada al período de un año a partir de la fecha de la presente sentencia.

Se aduce por la apelante que el criterio rector para la atribución del uso de la vivienda familiar, es la necesidad del beneficiario, admitiéndose la posibilidad de prórroga si se acredita una prolongación de la situación de necesidad y en su consecuencia relaciona una serie de circunstancias imprevisibles y nuevas que no existían ni se podían prever cuando se dictó la sentencia en autos de separación, ya que la apelante se halla en situación recidiva en su enfermedad, unido a la precaria situación de sus padres, la valoración efectuada por el Juez *a quo* respecto a estas dos circunstancias es acertada y atinada no observándose en su argumentación valorativa ninguna interpretación errónea, ilógica o arbitraria al contrario la apreciación de las pruebas es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso, ya que la depresión de la apelante se mantiene en el mismo estado anímico y ya se ponderó en las sentencias referidas, y en cuanto al estado de salud de los padres, nos remitimos a la fundamentación llevada a cabo por la Juez *a quo* en la sentencia de instancia y si bien esta Sala reconoce que dada su edad, 82 y 86 años, deben ser atendidos, cuidados y protegidos, se ha acreditado que poseen una vivienda en Tivenys y que puede ser perfectamente adaptada a sus necesidades y hoy en un estado de bienestar social existen ayudas económicas y personales de cuidado y asistencia a ancianos, así como residencias que se hallan a cargo de personas especializadas y que cumplen una obligación social; por otra parte no justifica que se hallen en esa situación a fin de perjudicar los derechos de un tercero, como el demandado, puesto que no forman parte de su unidad familiar, y puesto que manifiesta la apelante que la madre se halla afecta de demencia senil, Alzheimer, incluso recibe una ayuda del Departament de Benestar i Familia de la Generalitat, comporta que sea atendida en un centro y por personas específicas, como asimismo su padre que sufrió un infarto de corazón ya que la hija, apelante, dado su estado poco podía ayudar a las enfermedades y necesidades de sus padres.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede incrementar el importe de la pensión de alimentos puesto que los niños entre 6 y 4 años no experimentan obligatoriamente un especial incremento por el transcurso de tres años.

AP MÁLAGA, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Mariano Santos Peñalver

Contra la Sentencia de instancia se alza en apelación la parte demandante solicitando la modificación de la pensión alimenticia en el sentido de elevar su cuantía en los términos pedidos.

Delimitado de la manera expuesta el objeto del recurso, con carácter previo debe recordarse que a tenor de lo establecido en los artículos 90, 91, 93 y concordantes del Código Civil, las medi-

das judicialmente adoptadas en las sentencias de separación y divorcio están sometidas a una legal cláusula de actualización dependiente de una variación sustancial de la coyuntura en que fueron acordadas. Ahora bien, presupuesto para que el cambio de tales medidas es la alteración sustancial de las circunstancias, lo que exige una ponderación de las concurrentes al tiempo de la adopción de las medidas cuya modificación se pretende y las actuales, pero el concepto de alteración sustancial de las circunstancias, y sobre todo la sustancialidad son determinación totalmente casuística, y aunque cuando la Ley habla de alteración sustancial para referirse a que ha de ser grave, sin embargo, esa gravedad no se puede entender como supuesto derivado de variaciones extraordinarias e insólitas en las circunstancias, sino como importantes en función de la configuración inicial de las prestaciones, a las que se quiere equilibradas, como demuestra la posibilidad de su nueva aprobación cuando entrañen un grave perjuicio para los cónyuges, por eso cuando el mantenimiento de la situación originariamente pactada o adoptada por el Juez suponga la producción de un perjuicio de esa entidad, o al menos no leve para una de las partes, se debe considerar que estamos ante la sustancialidad de la alteración que el artículo 90 del Código Civil menciona.

En el caso de autos consta que las hijas en cuyo beneficio se ha establecido la pensión alimenticia nacieron en 1995 y 1997; y que, en febrero de 2001 se dictó Sentencia de separación matrimonial, acordando entre otras medidas la fijación de la pensión alimenticia a cargo del progenitor ahora recurrido en la suma de 300 euros mensuales, incrementada anualmente en el tanto por ciento de subida salarial correspondiente a los funcionarios públicos, más el 50% de los gastos extraordinarios de las hijas en los términos del Convenio Regulador.

Pues bien, la prueba practicada no ha acreditado que se haya producido una sustancial alteración de las circunstancias tomadas en consideración para la fijación de la pensión alimenticia, ni que las necesidades de los alimentistas hayan aumentado. Sin que tales datos puedan deducirse sin más del transcurso del tiempo entre la fijación inicial y el momento actual, pues objetivamente las necesidades de los niños entre 6 y 4 años, no experimentan obligatoriamente un especial incremento por el transcurso de tres años. A mayor abundamiento, la pensión alimenticia prevé elementos para su actualización así como la satisfacción de gastos de naturaleza extraordinaria.

Finalmente, el único incremento de las necesidades de las alimentistas acreditado y representado por la necesidad de ser atendidas durante el tiempo en que la madre, quien ostenta la guarda de hecho, presta sus servicios, deviene irrelevante a los efectos pretendidos, dado que dicha necesidad existía ya al tiempo de la fijación inicial de la pensión alimenticia, pues la madre en tal momento trabajaba, por lo que concurría la misma necesidad ahora alegada de atender al cuidado de las hijas en los momentos en que aquélla no podía tenerlos en su compañía por razón de su trabajo. A mayor abundamiento, la necesidad del cuidado de las hijas por tercera persona en el tiempo de ausencia parcial de progenitor custodio disminuye con el aumento de la edad de los menores.

En conclusión, no se aprecia alteración esencial de las circunstancias tenidas en cuenta para la fijación inicial de la pensión alimenticia, por lo que procede la confirmación de la sentencia de instancia.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Ha lugar a que ambos progenitores paguen por mitad los gastos extraordinarios de los hijos menores, sin que proceda hacer una lista casuística de los mismos, ya que se trata de una cuestión que debe plantearse en ejecución de sentencia.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

La actora interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Paterna el día 26 de enero de 2003, que desestimó la demanda formalizada por la apelante para que se modificaran las medidas establecidas en la Sentencia de separación de 14 de diciembre de 1998.

La pretensión de la recurrente, consistente en que se declare que los dos litigantes deben hacer frente por mitad a los gastos extraordinarios que

ocasionen los hijos, de 13 y 11 años de edad, ha de ser acogida, en aplicación del artículo 39.3 de la Constitución, que obliga a los padres a prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; por lo tanto, corresponde a los dos cónyuges el pago por mitad de los gastos extraordinarios, entendiendo por tales los gastos no previstos que por su cuantía no pueden ser atendidos con el importe de la pensión de alimentos; sin embargo, la Sala no especifica en este momento cuáles son esos gastos por tratarse de una cuestión muy casuística que debe plantearse en ejecución de esta sentencia, como ya dijo este Tribunal en sus Sentencias de 22 de noviembre de 2002 y 15 de octubre de 2004.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede extinguir la pensión alimenticia a favor del hijo de 26 años que está próximo a concluir sus estudios de Arquitectura Técnica, aun cuando haya podido retrasarse algo en terminar los mismos pues se considera que se halla dentro de un plazo razonable de finalización.

AP TARRAGONA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE ENERO 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Portugal Sainz

Se alza el apelante contra el pronunciamiento de la sentencia de instancia en la que se desestima la demanda al haberse acordado que no procede el cese de la obligación de alimentos establecida a su cargo y a favor de su hijo mayor de edad por importe de 70.000 pesetasen virtud de la sentencia dictada el 18 marzo 1997 en el Procedimiento de Alimentos Provisionales.

El apelante desgrana sistemáticamente combatiendo con sus argumentaciones tal pronunciamiento siguiendo un orden, que se expone en razón a los fundamentos de derecho, es por ello que con base en el principio de congruencia se impone que se analicen los razonamientos llevados a cabo por la Juez *a quo* en el orden mencionado.

Se invoca en relación con el fundamento de derecho primero que el demandado no fue expulsado del hogar, ya la Juez *a quo* valorando la prueba propuesta significa que a raíz de la separación de sus padres, se creó una situación muy tensa, que influyó psicológicamente en los hijos, que son los más débiles y a través de los informes emitidos por la Policía Local, Informe del Servicio Social de base del Ayuntamiento, denuncias y sentencias se evidencia que el apelante tampoco colaboró en atraer, dialogar, incluso se han acreditado actos que incidían en su educación, alimentación y en su consecuencia ha tenido que ser obligado a cumplir con sus obligaciones paterno-filiales, se debe añadir que la familia se desintegró y se agravaron las relaciones puesto que rehizo su vida sentimental de la que nació un niño, ello justifica que el demandado se resista a convivir con su padre dada su mayoría de edad y por otra parte los estudios de Arquitectura Técnica, al no existir Escuela Técnica en Tarragona, los ha desarrollado en Madrid, existiendo pruebas suficientes de que la presencia del demandado no congratula al padre, ni el padre se esforzó por conseguir esa convivencia común, ante una situación como la que se describe con todo detalle en la sentencia, lo razonable y lo lógico y conveniente conduce a buscar la serenidad, la paz y el cariño fuera de quien debe de proporcionárselo, ya que ante la actitud del padre se vio obligado a reiniciar una nueva vida, y por otra parte en relación con el ejercicio de tal prestación en este supuesto ha encontrado impedimento en la conducta familiar, se trasluce en la conflictiva relación existente entre padre e hijo resultan suficientes para justificar la decisión tomada por el demandado, siendo más adecuado a las particularidades del presente caso la actitud que ha adoptado, por lo que esta razón no justifica el apelante que se exonera de la obligación de alimentos, ya que ante este alegato el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 23 febrero 2000, citada por el apelante, y en la que se apoya, en la mencionada resolución se refiere a una hija que ha elegido un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta que atacan a los de un entorno familiar y social y no consta que ha sido expulsada y así no se puede pretender seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, la casuística que concurre en este supuesto no es transpolable a este supuesto enjuiciado, ya que no ha existido una «lucha generacional».

Se invoca seguidamente que el demandado no ha estado ni está desasistido, alegando que su novia junto con la cual convive también trabaja, ha trabajado o puede trabajar y menos todavía en cuanto a instrucción cultural y profesional; no tiene

sustento legal tal alegato porque ni en el C.Civil en el artículo 143 se menciona a la novia como persona obligada a prestar alimentos, ni se recoge tal obligación en el artículo 263 del Codi de Familia ni se ha acreditado que su situación se puede incardinar en las obligaciones del artículo 4 de la Llei 10/1998, de 15 juliol, d'unions estables de parella, puesto que no se ha probado esa unión estable heterosexual.

Insiste el apelante en reprochar falta de regularidad en los estudios y aprovechamiento, ya en el fundamento de derecho segundo la Juez *a quo* expone el historial académico del demandado, y califica los resultados obtenidos como medios atendiendo a la carrera de Arquitectura Técnica que estudia; se alega que en el momento de presentar el recurso de apelación lleva seis años, marzo 2004, ya que inició dichos estudios en el año 1998; pues bien, el C.Civil en el artículo 152.3 establece que es causa de cesación de la obligación de dar alimentos cuando se acredite que el alimentista puede ejercer un oficio, profesión o industria o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesario la pensión alimenticia para su subsistencia; en armonía con dicha norma el artículo 142 C.Civil dice que los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y así después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable en igual sentido se regula en el artículo 259 del C.Familia; así por la Juez *a quo* se valora acertada y atinadamente la responsabilidad como estudiante de Arquitectura Técnica ya que es necesario tener en cuenta la fecha de la interposición de la demanda 5 enero 2001 y en esa fecha se matriculó en la Universidad Politécnica de Madrid y en el año 2002 se matriculó de asignaturas de segundo y tercero; posteriormente debe significarse que a través de la prueba practicada en primera instancia con fecha 8 julio 2004, se ha acreditado que en el año 2003, ha superado los créditos necesarios y en fecha 9 marzo 2004 se le expide certificado del expediente para el Proyecto de Fin de Carrera, asimismo con fecha 17 de febrero de 2003, se certifica que el demandado asistió a un curso en relación con sus estudios de 359 horas lectivas de duración a los fines de preparar el Proyecto; ante esta realidad el demandado se halla finalizando sus estudios, si bien no consta haya presentado el Proyecto, que es imprescindible y necesario para que le otorgue la correspondiente titulación y acceder al mercado laboral y profesional mediante la oportuna colegialización; a este respecto en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 marzo 2001 se establece que: «Ante todo hay que decir que la obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.1 CE que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

Ahora bien la obligación alimentaria, supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes suficientes para atender la deuda.

Pues bien, teniendo además en cuenta, que en la mencionada sentencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 C.Civil, que determina que las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; no cabe la menor duda que no hay base suficiente para que siga vigente tal obligación alimenticia. Se dice lo anterior porque dos personas, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad; no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un «parasitismo social».

Ante esta realidad, si bien Emilio, tiene ya 26 años de edad, puesto que ha acreditado aprovechamiento y rendimiento en los estudios que probablemente finalizará este año, ha conseguido que los alimentos satisfechos por su padre han conseguido su objetivo, si bien debe resaltarse la responsabilidad, la diligencia e interés en el estudio, puesto que interpretando el artículo 142 C.Civil con el artículo 152.5 ha de concluirse que la falta de diligencia en el trabajo es perfectamente asimilable a la desidia en la dedicación a los estudios necesarios para acceder al mundo laboral, de modo que si no finaliza sus estudios en un plazo razonable por no mostrarse lo suficientemente aplicado, sin duda cesará la obligación de alimentos ya que en el Proyecto del Código Civil García Goyena especifica que en los trabajos previos legislativos para incorporar esta causa prevaleció la de que un buen padre no debe ser víctima de la mala conducta o inaplicación del hijo y que era preciso imponer a éste una pena o privación por el pasado y estimulada al bien para el futuro.

A través de la prueba practicada, Emilio aún se halla dentro del plazo razonable, aunque por poco tiempo para considerar que con su esfuerzo en los estudios es acreedor de alimentos, ello unido a la actividad laboral que ejercita en vacaciones para ayudarse, si bien se le reprocha por el apelante que no se ha esforzado en dichos trabajos estivales, lo cierto es que se ha acreditado que en esos períodos, que es cuando puede hacerlo se ha incorporado al mundo del trabajo, si bien como es lógico esporádicamente como se constata en la certificación remitida por la Tesorería General de la Seguridad Social, si bien ello no le otorga independencia económica para que cese la obligación del alimentista.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Sería desproporcionado que el importe de la pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la contribución a las cargas matrimoniales superaran el 50% del salario mensual que percibe el obligado al pago.

AP OURENSE, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana Isabel del Carmen Blanco Arce

En relación al cuestionamiento de la suma establecida en la sentencia de instancia en concepto de alimentos para los dos hijos menores del matrimonio que cuentan con 3 y 9 años de edad y respecto de la cual el apelante manifiesta su imposibilidad de atender ante los escasos ingresos económicos que regularmente percibe, es de señalar que como ya se había pronunciado esta Sala a través de su sentencia de fecha 31 de diciembre de 2002, 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; relación de proporcionalidad que en todo caso queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades 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, aun cuando ello no puede implicar el olvido de las posibilidades reales del obligado a la prestación de alimentos no siendo aconsejable el establecimiento de prestaciones que por su desproporción estén abocadas a su incumplimiento.

Y en los presente autos, de las pruebas aportadas y especialmente de la documental obrante en las actuaciones, resulta que los ingresos regulares del progenitor no superan la suma de 601 euros, que percibe como salario por el desempeño del puesto de oficial de peluquería y ello atendida la propia base de cotización de la empresa empleadora según certificación emitida por la Tesorería General de la SS, no deduciéndose de los movimientos reflejados en los extractos bancarios incorporados a las actuaciones que el apelante disponga de otro tipo de ingresos que los derivados de su trabajo por cuenta ajena.

Ante tales ingresos, la consideración de las necesidades de los menores que como se indicó cuentan con 3 y 9 años de edad, y que son atendidas asimismo por los ingresos regulares que la madre percibe por el desempeño de su trabajo como auxiliar de clínica, lleva a considerar desproporcionada que en la fijación de alimentos y demás cargas matrimoniales se supere la mitad de los ingresos totales del obligado a darlos, teniendo en cuenta por lo demás su escasa cuantía, y la carencia de vivienda propia al permanecer la esposa e hijos en el uso de la vivienda conyugal, lo que ocurriría sino se limitase su importe a la suma interesada por el apelante 210 euros en concepto de pensión por alimentos que unido a los 90 euros que viene satisfaciendo como cargas matrimoniales por pago de préstamo hipotecario, alcanza la mitad de sus percepciones pero posibilita atender a las necesidades de sus hijos así como a las propias.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede reducir el importe de la pensión de alimentos puesto que el alimentante no justifica ni las causas del despido, ni que su nueva actividad como autónomo le impida hacer frente a la pensión alimenticia.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

Pretende también el apelante la reducción de la contribución que debe abonar, conforme al artículo 93 del Código Civil, en concepto de alimentos para su hija, pretensión que si en la demanda se fundaba sobre todo en que la demandada trabaja, en la apelación se fundamenta en el despido del actor, ocurrido después de la incoación del proceso, concretamente el día 14 de enero de 2004 (folio 226); el primer argumento debe ser rechazado, porque se basa en una circunstancia no prevista por el artículo 146 del Código Civil, y porque además, en cualquier caso, el trabajo de ayudante de camarera que la apelada ha conseguido no le reporta unos ingresos tan elevados como para justificar la reducción de la contribución alimenticia del demandante (904,88 euros en noviembre de 2003, folio 139), máxime, teniendo en cuenta que debe pagar una cuota hipotecaria de 360,75 euros al mes (folio 135); el segundo motivo tampoco puede ser atendido porque no existe una justificación cumplida no sólo de las causas del despido, sino de que la nueva actividad como autónomo del actor no le pueda proporcionar unos recursos con los que hacer frente a la pensión alimenticia que se obligó a pagar en el convenio regulador de la separación, aprobado por la sentencia de 27 de septiembre de 1999; por ello, procede estimar parcialmente la impugnación de la demandada, para declarar que el actor debe pagar la misma pensión pactada en el convenio, con las revalorizaciones oportunas, que se deben aplicar conforme a lo previsto en el mismo.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede incrementar el importe de la pensión de alimentos a favor de uno de los hijos con el argumento de que ha cesado la obligación del padre de pagar los alimentos del otro hijo del matrimonio, sin acreditar las mayores necesidades de la alimentista.

AP TARRAGONA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María de los Desamparados Cerdá Miralles

Por la parte demandante en la demanda de separación se propuso el mantenimiento de la pensión de alimentos fijada en la sentencia del procedimiento anterior de separación por mutuo acuerdo si bien solicitaba su actualización.

Por la parte demandada alegando la variación de las circunstancias se pretendió que las 35.000 pesetas fijadas en la sentencia anterior fueran elevadas a la cifra de 360 euros (aproximadamente 60.000 pesetas), a lo que no dio lugar la sentencia argumentándose en ella:

«Que si bien los pactos concluidos entre cónyuges en convenio para regular su separación matrimonial no constituyen para el Juez un elemento determinante, decisivo ni vinculante para regular las consecuencias de su divorcio, sino un elemento más a tener en cuenta en el supuesto enjuiciado, es lo cierto que no habiéndose alterado sustancialmente las bases sobre las que se asentaron tales pactos, deberán estar los litigantes a lo libremente pactado, a tenor del principio de autonomía de la voluntad y conforme a lo establecido en los artículos 1255 del Código Civil y concordantes. En el supuesto de autos, la simple presentación de la demanda de divorcio no justifica por sí sola el derecho a pedir un aumento de las prestaciones económicas acorda-

das en convenio regulador aprobado judicialmente en la separación matrimonial, pues no ha resultado acreditado ni que el padre perciba mayores ingresos que a fecha de la sentencia de separación (2001) en la que ya era perceptor de la pensión de jubilación, ni se ha desarrollado una mínima actividad probatoria que acredite que la hija haya visto incrementados sus gastos durante estos dos años transcurridos desde la sentencia...»

Se insiste por esta vía para alegar el error en la valoración del juzgador en los mismos argumentos que se ofrecieron en la instancia. Vaya por delante que dichos argumentos no son obstáculo ni pueden servir de objeción a lo argumentado al respecto en sentencia:

En la sentencia no se da lugar a la modificación de la pensión de alimentos, porque en el divorcio si bien puede y debe abordarse la cuestión relativa a la pensión de alimentos ello no significa que pueda admitirse la revisión sin límite de lo establecido con anterioridad por una sentencia firme. Es decir la modificación en sentencia de divorcio exige la justificación de que la cantidad de alimentos que viene percibiendo la menor es necesario aumentarla, por haber aumentado las necesidades de la menor; o por haber devenido la cantidad señalada insuficiente para atender a tales necesidades; no es necesario que la alteración de las circunstancias sea sustancial, aunque sí ha de ser mínimamente significativa.

Al respecto, las únicas circunstancias que han variado en relación con la situación anterior, es que ha cesado la obligación del padre de pagar a la madre los alimentos del otro hijo del matrimonio y ello, en ningún modo sirve para acreditar que su hermana tenga mayores necesidades.

Por lo que se refiere a la situación del padre alimentante su situación laboral que es lo relevante (jubilado), no ha variado.

Por otro lado, si se desconocen los números que se hicieron para calcular la pensión al proponerse el convenio regulador y las mismas permanecen sin revelarse en este trance, difícilmente podrá saberse si las discrepancia entre las partes manifestadas en este procedimiento sobre los ingresos del esposo, representan o no un incremento significativo de recursos.

Con todo ello no puede decirse que el Juzgador de instancia haya obviado los principios de equidad y proporcionalidad; pues es obvio que la atención a esos principios procede al señalarse la pensión o cuando se procede a su modificación; pero difícilmente puede infringirse tales principios cuando, se parte de una pensión previamente señalada y no es procedente su modificación; pues no se da la ocasión de aplicar tales preceptos para aquilatar cantidad alguna.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se desestima la demanda de modificación de medidas en la que se solicitaba la reducción de la pensión alimenticia ya que, teniendo en cuenta la profesión del padre –albañil– es normal que entre que finaliza una obra y comienza otra, permanezca algún tiempo en el desempleo.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Pablo José Moscoso Torres

El actor recurre la sentencia de divorcio de primera instancia si bien limita su impugnación al pronunciamiento que ratifica la pensión alimenticia a cargo del padre y para el hijo menor por importe de 240,40 euros al mes, fijada en el convenio regulador suscrito por las partes en el procedimiento de separación y aprobado en sentencia dictada en éste el 27 de mayo de 2002. El apelante insiste en que debe reducirse dicha cantidad a la cuantía de 120 euros mensuales.

Entiende la Sala que el recurso no puede prosperar y ello, en esencia, por las razones señaladas en la sentencia apelada, no desvirtuadas por las alegaciones del recurso. En efecto, ya en la demanda pretendía el actor la reducción mediante la petición de nuevas medidas provisionales con base en un cambio de circunstancias no acreditadas, pues en la fecha de dicha demanda (febrero de 2004) tenía contrato en vigor con una empresa sólidamente implantada a nivel nacional en el sector de la cons-

trucción, en la que prestaba sus servicios con la categoría de Oficial. Es ahora en el recurso cuando alega que se encuentra como demandante de empleo (desde junio de este año) al haber finalizado la obra para la que estaba contratado.

Sin embargo, esta circunstancia no puede implicar la modificación pretendida; se trata, en efecto, de una situación nueva, aparecida durante la tramitación del proceso y puramente circunstancial o coyuntural (de la que no es predicable la cierta «vocación de permanencia» a la que aluden tanto la sentencia dictada como la parte apelada), que no impide la nueva contratación en un sector en el que se desarrolla una amplia actividad en la Isla (como es notorio), y que previsiblemente determine de forma más o menos inmediata un nuevo contrato (si es que aún no se ha producido), sobre todo en atención a la categoría del actor y a la empresa para la que ha venido trabajando, de manera que esa situación no deja de ser provisional y su permanencia puede depender de la voluntad del apelante y no de otras causas. En estas circunstancias no cabe modificar lo pactado en convenio, pues ya en éste el actor pudo y debió de prever las vicisitudes de sus relaciones laborales y asumir su obligación en función de ellas, sin que se advierta una alteración sustancial de la situación con la nota de la permanencia que sería necesario para la modificación.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Aun cuando por el momento no pueda tener efectividad al estar el progenitor ingresado en prisión, se fija una pensión alimenticia en beneficio de las hijas consistente en el 30% de los ingresos que por cualquier concepto perciba.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Jesús María Gómez Flores

El recurso articulado por la representación de la Sra. Concepción frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Don Benito núm. 1 en los autos de separación contenciosa 47/2004, se fundamenta exclusivamente en la cuestión de que en dicha Sentencia no se ha establecido pensión alimenticia alguna a favor de las hijas del matrimonio, pese a la solicitud de la actora, y ello por cuanto la Juzgadora de primer grado ha tenido en cuenta la circunstancia de que el obligado a su abono, el demandado Sr. Juan Francisco, se encuentra actualmente ingresado en un centro penitenciario, careciendo en principio de ingresos con los que poder hacer frente al pago de la meritada pensión alimenticia. La recurrente insiste en que esta situación de falta de ingresos no debe conllevar por sí sola la no fijación de la pensión, y que no se puede obligar a la demandante y a sus hijas a promover posteriormente un procedimiento de modificación de medidas. Según sus alegaciones, la situación actual puede eximir al obligado de hacer efectiva su prestación entretanto dure la misma, pero no puede servir para determinar la inexistencia de dicha obligación que es consustancial a la paternidad. Se solicita en definitiva el establecimiento de una cantidad, sin perjuicio de que ésta quede en suspenso hasta tanto no pueda ser cumplida. De contrario, se opone el demandado, solicitando la íntegra ratificación de la Sentencia.

Así las cosas, analizando dichos motivos por los que se impugna la sentencia de instancia, para su examen es preciso partir de la base de que ha declarado el TS en S. de 16 de julio de 2002; según el artículo 146 del Código Civil la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe, por lo que es de significar que la necesidad de valorar la capacidad económica del alimentante constituye una exigencia especial del supuesto de que se trata. La obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad (artículos 39.3 de la Constitución Española, 110 y 154.1.º del Código Civil) tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad (como ya puso de relieve la Sentencia de 5 de octubre de 1993). La conceptuación de que la pensión alimenticia a los hijos menores de edad no es propiamente un supuesto de alimentos entre parientes ha llevado a estimar que a aquélla no le es aplicable lo dispuesto en el artículo 154.2 del Código Civil, de modo que la falta de recursos del alimentante no es causa de exclusión de la pensión. Consecuencia de lo que venimos diciendo es que esos alimentos han de

fijarse necesariamente en el proceso matrimonial, en aplicación del artículo 93, pues se trata de una medida de *ius cogens*. En este punto, la Sentencia de la AP Las Palmas, de 3 de marzo de 1999 señala que «la no fijación de una cuantía en concepto de alimentos o de sostenimiento de cargas familiares sólo deberá tener lugar en casos muy excepcionales, no sólo de auténtica carencia de medios o caudal por parte del alimentante, sino incluso de imposibilidad cierta de obtenerlos...»

En el supuesto que nos ocupa, aun cuando es cierto que el demandado Sr. Juan Francisco se encuentra en prisión y que carece por dicha circunstancia, en este momento, de ingreso alguno que le permita hacer frente al pago de la pensión de alimentos para sus hijas que pudiera establecerse, tal como señala la Juzgadora *a quo* , optando por no fijar pensión alguna en consonancia con la doctrina recogida en la Sentencia que a tal fin transcribe, de la AP Toledo, de 24 de abril de 2002, entiende esta Sala que ello no es obstáculo para que pensando en el momento en que sea puesto en libertad o pase a disfrutar de un régimen penitenciario abierto que le permita acceder al mundo laboral, puedan establecerse unas bases mínimas sobre las que, cuando tales circunstancias se produzcan, poder calcular el importe de la prestación que viene obligado a satisfacer a sus hijas y que ahora, por la especial coyuntura que concurre no puede hacerse efectiva. En este orden de cosas, teniendo en cuenta las soluciones que la Jurisprudencia adopta en casos similares, opta este Tribunal por el establecimiento de un porcentaje sobre los ingresos que por cualquier concepto pudiera percibir, partiendo de bases de cálculo situadas en torno al Salario Mínimo Interprofesional (que para 2005 fue fijado en 513 euros al mes). Dicho porcentaje, entendemos, deberá fijarse en el 30% de todos los ingresos referidos (15% para cada hija), sin perjuicio de su posterior concreción. Así resuelve, entre otras, la Sentencia de la AP Sevilla, Sec. 2.ª, de 27 de noviembre de 2002, indicando: «Con relación a la cuantía de la pensión alimenticia se considera adecuado el porcentaje fijado en la sentencia apelada, y que no encuentra obstáculo alguno en el hecho de que por encontrarse en prisión no obtenga ingresos de tipo alguno, por cuanto no se fija ninguna cantidad sino el 40% de los ingresos que pudiera percibir por cualquier concepto; si ha de estimarse el recurso en lo relativo a la fijación de la pensión para el supuesto de que el demandado se encuentre en libertad, por cuanto que ningún elemento de prueba existe en las actuaciones que permita fijar cantidad alguna por la que el demandado pueda contribuir a las necesidades alimenticias de sus hijos, al no conocerse los ingresos que pudiera obtener, ni el trabajo que pudiera desempeñar, por lo que se estima más adecuado la continuación del mismo porcentaje hasta que, conociendo aquellas circunstancias pudiera fijarse una cuantía fija de la pensión alimenticia, sistema que como se declara en la sentencia apelada se considera más aconsejable».

Por su parte, la AP Albacete, Sec. 1.ª, en Sentencia de 19 de mayo de 2004, contemplando un supuesto similar, también opta por establecer un porcentaje, señalando que en este tipo de circunstancias y condiciones, «es claro que no puede fijarse una cantidad de dinero concreta, pues ello podría dar lugar a situaciones injustas. Por lo tanto, se considera más equitativo, como mal menor, acudir al mecanismo de la pensión porcentual».

Añade dicha Sentencia que ha de tenerse en cuenta de que para el momento en que el obligado al pago salga, provisional o definitivamente, de la prisión, «las autoridades le prestarán la asistencia social necesaria, tal y como disponen el artículo 74 de la Ley General Penitenciaria y el artículo 228 del Reglamento Penitenciario, hasta que se reincorpore al mundo laboral, obteniendo ingresos que le permitan su propio sostenimiento y el cumplimiento de sus obligaciones como padre».

En consecuencia, procederá revocar la Sentencia apelada en el sentido de acordar el establecimiento de una pensión de alimentos para las hijas que si bien por el momento no podrá tener efectividad, se fija en el 30% (15% para cada una de las hijas), de todos los ingresos que por cualquier concepto perciba el obligado Sr. Juan Francisco, una vez salga del Centro Penitenciario donde se encuentra actualmente.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Procede un incremento en la cuantía de la pensión de alimentos dado que las necesidades de la hija han aumentado al padecer una enfermedad celíaca.

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández

El segundo motivo de recurso deducido por la representación procesal de doña Cecilia, se contrae a la petición de elevación a 630 euros mensuales, 30 más de los que solicitó en su escrito de demanda, la pensión de alimentos a favor de Sandra y a cargo del progenitor masculino, fijada en la sentencia disentida, motivo de recurso que debe parcialmente ser atendido, en cuanto esta Sala considera más ponderada a las circunstancias concurrentes, una cuantía de pensión de alimentos de 550 euros mensuales, abonable y a actualizar en la forma fijada en la instancia.

Dicha cantidad es más proporcionada a las circunstancias concurrentes en concreto, a la luz de la prueba practicada, una vez examinadas con detalle las actuaciones y a tenor de la doctrina jurisprudencial, reiterada en señalar:

«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, sino que implica 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».

En efecto, la capacidad económica del padre es bastante al pago de meritada contribución, de hecho, en ningún momento refiere insuficiencia de medios, aludiendo solamente a los superiores ingresos de la madre, contando con unos ingresos anuales de 38.182,49 euros, suficientes para dicho aporte.

En orden a las necesidades de la hija común, ha de tenerse en cuenta que los gastos de colegio son elevados, pues se abonan por escolaridad 237,09 euros más 110,81 euros por el concepto de comedor, resultan gastos de transporte, así como de cuidadora por 350 euros mensuales, debiendo valorarse, además de lo que se estima por vestido, calzado, participación en gastos de alojamiento y otros necesarios, en los términos del artículo 142 del Código Civil, el hecho de padecer enfermedad celíaca, consistente en atrofia intestinal tomando gluten, lo que repercute en un mayor coste en los alimentos, por cuanto no puede ingerir bajo ningún concepto determinados productos, ha de seguir ciertas pautas y, lógicamente, se ve incrementado el gasto sanitario. Para concluir en este punto baste hacer referencia a que el propio padre en su escrito de contestación a la demanda, cifró las necesidades de la hija en 1.025,96 euros (folio 108 de autos).

Todo ello justifica una elevación de la cuantía de la pensión alimenticia, en cuanto la fijada en la instancia resulta insuficiente, no obstante, no se considera adecuada, por exceso, la propuesta por la madre, quien cuenta igualmente con ingresos propios suficientes y pude con ellos colmar, si considera que no alcanza la contribución paterna, las necesidades de la hija, pues puede y debe hacerlo igual que el padre, al venir obligada a ello (artículos 110, 142, 144, 145 y 146 del Código Civil), y con referencia a la asignación a la hija del domicilio familiar, lo que no deja de ser una forma más de contribución del padre.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La compra de mobiliario para una habitación del hijo menor es un gasto extraordinario dado que es previsible que su duración abarque bastantes años, por lo que no será preciso repetir tal dispendio con una periodicidad más o menos corta.

AP GIRONA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Miguel Fernández Font

Cuestiona el apelante que entre los gastos extraordinarios a los que se alude en la sentencia apelada se incluyan los de compra de mobiliario para la habitación del hijo común. Preconiza que entre estos gastos, cuya realización implicaría siempre su previo consentimiento, han de comprenderse tan sólo los médicos no cubiertos por la sanidad pública convenidos por los dos progenitores.

Gasto ordinario es aquel que se produce normalmente y con alguna frecuencia para la prestación de alimentos entendida en su sentido amplio (artículo 259 del Codi de Familia). En este sentido, la compra de mobiliario para una habitación no puede estimarse como gasto ordinario, en tanto que es previsible que su duración abarque bastantes años, por lo que no será preciso repetir tal dispendio con una periodicidad más o menos corta. Por tanto, encaja más dentro de los gastos de índole extraordinaria que en los de carácter ordinario, como bien señala la juzgadora de instancia.

Por lo demás, el detalle que de tales gastos pretende el apelante muchas veces está reñido con la casuística práctica. En cualquier caso, sí deben tenerse en tal concepto los médicos o terapéuticos no sufragados por el sistema público de sanidad o los educativos (matrículas de principio de curso, gastos de libros o material escolar, colonias o viajes didácticos), siempre que en uno y otro caso tengan una cierta entidad económica que les haga exceder de los gastos normales.

En lo que atañe a que se requiera su previo consentimiento para su realización, cierto es que es deseable que se dé esta circunstancia. Pero en el caso de que no medie tal consentimiento, tampoco puede pretender el recurrente que por esa sola razón no pueda realizarse cuando se revele necesario o urgente. En definitiva, en esta materia, como en tantas otras relacionadas con las medidas acordadas a favor de los hijos, resulta poco menos que imposible buscar una regulación casuística y detallada hasta el extremo, debiendo ser la flexibilidad y el sentido común el que presida esta materia por parte de los progenitores. Caso de desavenencia, queda abierta la vía de recabar la tutela judicial prevista en el artículo 138 del citado Codi, aunque ello implique llevar la «judicialización» de temas que no pasan normalmente de ser cotidianos y normales hasta el paroxismo, denotando una falta de transigencia y tolerancia total de uno y otro progenitor.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La circunstancia de que el padre tenga ciertas expectativas hereditarias no es motivo para fijar una pensión alimenticia superior a la que procede en atención a los ingresos que actualmente percibe.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María Hortensia García Esquius

Por lo que se refiere al importe de la pensión de alimentos, 600 euros mensuales, tampoco la apelación puede merecer favorable acogida. En su escrito de demanda la parte actora pide una pensión de alimentos y cargas nada menos que de 1.800 euros mensuales en base a la supuesta capacidad patrimonial del demandado, pero lo cierto es que ni en la instancia ni en esta alzada ha conseguido probar la certeza de sus alegaciones.

Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se ha introducido en la ley procesal un precepto de indudable utilidad, el contenido en el artículo 770, a tenor del cual, a las demandas de separación y divorcio

se acompañaran los documentos en que el cónyuge funde su derecho y si se solicitaren medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

La parte actora presenta con su escrito de demanda unos listados, reconocidos en el interrogatorio por el demandado, correspondientes a los gastos de la unidad familiar y la actividad profesional del demandado. Tomando como punto de partida el correspondiente al ejercicio 2001 (folios 217 a 221), se advierte que del total contabilizado de 25888,36 euros (equivalentes a 2157,36 euros mensuales), son imputables a gastos exclusivos de la demandante (ropa, perfumería) un total de 1.950,63 euros, y a gastos exclusivos del demandado, (ropa, gastos actividad y autónomos) 3.292,65), por lo tanto los gastos de ambos se elevarían a 5243,28 euros, que descontados de la suma total la fijarían en 20.645,08 euros, o sea, unos 1.720 euros mensuales gastos de la casa, hijos, alimentación seguros, impuestos, vehículos, viajes y farmacia.

Durante el mismo ejercicio 2001 los gastos escolares de los menores fueron de 24.850 pesetas al mes, para Félix y 35.833 pesetas para Carlos Antonio. Ambos cónyuges tenían suscrito un préstamo con la entidad La Caixa de unos 306,71 euros al mes, partida incluida en los listados de referencia.

Los ingresos del demandado son irregulares, proceden de su actividad como actor o profesional del espectáculo dedicándose, según sus propias manifestaciones, a varias actividades relacionadas con el mismo. Por lo tanto, el juzgador se ha visto obligado a fijar el importe de la pensión de alimentos no tanto en función de los ingresos probados como del nivel de gastos y de vida que llevaba la familia y de otro que aumente la pensión de alimentos respecto a la fijada provisionalmente.

La parte apelante hace hincapié en que el demandado posee un importante patrimonio como consecuencia de haber heredado de su padre, pero la sentencia, acertadamente, razona que la circunstancia de que el Sr. Gubern haya heredado de su padre y tenga derechos sobre una herencia que todavía no ha ejercitado no puede ser tomada en cuenta para fijar la pensión, por cuanto sus ingresos son únicamente los producidos por su actividad profesional. La sentencia destaca además que se desconoce la fecha del fallecimiento, la condición de heredero o el importe del caudal relicto.

Igualmente, en su escrito de recurso, la apelante considera que el padre del demandado falleció hace ya muchos años con un patrimonio que tiene un valor patrimonial actual de alrededor de 1.200 millones de pesetas. Al respecto debemos hacer notar: A) que sigue sin proporcionarse ni tan siquiera la fecha del fallecimiento del padre del demandado; b) que no consta ni se practicó prueba, ni se propuso, sobre las disposiciones testamentarias del causante, en su caso; c) que no consta, ni se ha practicado prueba alguna acerca de si ha existido aceptación de la herencia, por quien, si se instituyeron legados o cualquier otra incidencia acerca de los supuestos bienes (no se ha practicado prueba al respecto) de los que era titular el padre del demandado; d) que la recurrente manifiesta que se trata de un patrimonio con un valor actual de alrededor de 1.200 millones; y se remite a las declaraciones efectuadas en el acto de la vista y que se recogen en el CD para otorgar este valor a los bienes, sin haberse practicado pericial alguna sobre este extremo; e) que la aceptación del hecho de que la madre sea la heredera no necesariamente implica el reconocimiento de que haya entregado de sus hijos parte del patrimonio, consecuencia que no puede extraerse ni tan siquiera por presunciones.

En modo alguno, tras visionarse el CD que reproduce el acto de la vista, puede concluirse que haya existido reconocimiento de ser legitimario de una herencia de 1.200 millones: por ejemplo, la noticia de que son dos las personas de servicios doméstico manifestó que iba la asistenta que iba a casa de sus padres a limpiar y la canguro cuando la necesitaban y sobre su actividad profesional reconoce haber efectuado actuaciones para el Ayuntamiento de Barcelona, con els Comediants, diciendo, literalmente «si y no, toco diferentes teclas que es lo que me permite subsistir, soy un buscador de la vida» y se limita a decir que «no ha pedido la legítima porque lo que es de mi madre es de mi madre».

Lo cierto es que, en estos autos, no se han aportado datos bastantes que permitan presumir que el padre dispone del patrimonio que dejó en herencia su padre, o que percibe cantidades con cargo al mismo. Reproduciendo básicamente lo que decía el artículo 1214 del Código Civil viene ahora a decir el artículo 217 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de que ordinariamente se desprende el efecto jurídico pretendido, lo que en este caso equivale a decir que correspondía a la madre probar que concurre el presupuesto de hecho del que nace el derecho, las necesidades de los hijos y la capacidad y posibilidades del padre de contribuir a los mismos en mayor proporción y aun cuando en materia de alimentos a los hijos, esta Sala, siguiendo a la mayoría de la jurisprudencia, ha aplicado la doctrina de la facilidad probatoria lo que comporte imponer a quien se encuentra en mejores condiciones de acreditar un hecho la carga de aportar los datos al proceso, en este caso, no se

está cuestionando el ocultamiento de los ingresos propios ya sea por trabajo personal, ya por la rentabilidad que se obtenga de un supuesto patrimonio, sino incluso de qué patrimonio se trata, cuál es su valor y qué derecho ostenta el demandado sobre los bienes. Como sea que ambos cónyuges trabajaban, y que también la esposa es titular de patrimonio en Andorra, no cabe tampoco imputar el mantenimiento del alto nivel de vida de la familia a las rentas garantizadas por los derechos sobre la herencia del padre del demandado. Llegar a esta conclusión con la prueba obrante en estos autos equivaldría a mantener que puesto que son la madre y el hermano del demandado quienes parecen haberse beneficiado más de la herencia, deben asumir la obligación que sólo corresponde al demandado, titular de la potestad sobre sus propios hijos.

En consecuencia, también este motivo de recurso debe ser desestimado, pues la Sala, coincidiendo con el juzgador y la representación del Ministerio Fiscal, estima que la cantidad fijada en la sentencia es proporcionada a las necesidades de los hijos y a los medios y posibilidades económicas de uno y otro progenitor, binomio este el de la necesidad y la posibilidad, así como el de la proporcionalidad entre los obligados al pago, que rige en la materia y más concretamente en los artículos 259, 264 y 267 del Código de Familia.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede reconocer pensión compensatoria dado que la solicitante desarrolla actividad laboral remunerada, actividad que ya desarrollaba con anterioridad a la ruptura matrimonial, siendo intrascendente la duración del matrimonio cuando no existe desequilibrio económico.

AP LAS PALMAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan José Cobo Plana

Por último, fundamenta la apelante la procedencia a su favor de pensión compensatoria que habrá de satisfacer el demandado.

Pretensión que, como resolvió la juzgadora de instancia, no cabe acoger, pues no concurren los presupuestos básicos y necesarios para decretarla, no integrándose adecuadamente los hechos acreditados en autos en la noción que, respecto a la indicada pensión, fija el artículo 97 del Código Civil, que, textualmente, precisa: «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 las concretas circunstancias que contiene.

Es criterio muy conocido, por reiterado en múltiples resoluciones de Audiencias Provinciales (*vid.* SAP Barcelona de 14 de abril de 2000), el de que para que la pensión compensatoria pueda concederse, es preciso que se pruebe adecuadamente el soporte fáctico descrito en el párrafo primero del artículo 97 CC, consistente en que se produzca un desequilibrio económico en un cónyuge en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Se determina, por ello, sobre un doble elemento comparativo, por un lado, de carácter temporal –empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio– y, por otro, de índole subjetivo –*status* económico inferior al del cónyuge contra el que se dirige la pretensión–, exigiéndose así la combinación de ambas condiciones comparativas para que pueda surgir en el ámbito legal y consiguiente reconocimiento judicial. Una vez constatado dicho desequilibrio, la concurrencia de una o más de las circunstancias enumeradas en el artículo 97 CC, será determinante para la cuantificación de la pensión.

En el supuesto de autos, no procede el reconocimiento del derecho en la actora y ello no sólo en atención a que, como señaló la *iudex a quo*, se encuentra realizando actividad laboral remunerada por cuenta ajena, la misma que, además, llevaba a cabo en momentos anteriores a la ruptura conyugal, sino porque, lo que es esencial, no se ha acreditado el desequilibrio económico en relación a la situación del demandado, siendo éste presupuesto esencial y básico para acordarla, no siendo suficiente a estos efectos el solo dato de la duración de su matrimonio, de lo que, en consecuencia, y sin mayor argumentación, también se deriva el rechazo de este concreto motivo de apelación.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede suprimir la pensión compensatoria porque la esposa tenga un nivel de vida superior a la media nacional, o porque haya comprado una nueva vivienda tras la venta de la anterior, habida cuenta que no se han alterado las circunstancias que motivaron la fijación de la pensión.

AP CUENCA, SEC. 1.ª, AUTO DE 12 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Leopoldo Puente Segura

Se ha perseguido por la parte actora en esta litis la supresión de la pensión compensatoria establecida a su cargo y a favor de la que fue su esposa, doña Virginia, por entender que se habrían producido modificaciones sustanciales en las circunstancias entonces tomadas en consideración, todo al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretensión esta rechazada en la instancia por el juzgador *a quo*.

Como esta Sala ha tenido ocasión de señalar (por ejemplo, en nuestras resoluciones de fechas 28 de mayo de 2003 y en la muy reciente de fecha cinco de enero del presente año) que para que esta clase de pretensiones pueda alcanzar buen éxito, resulta indispensable que el órgano jurisdiccional realice un juicio de comparación entre la situación existente al tiempo de ser adoptada la medida cuya modificación se postula y aquella otra que se presente al tiempo de ser interpuesta la nueva demanda, habiéndose de valorar después si la eventual modificación o cambio de las referidas circunstancias puede o no considerarse sustancial a los efectos que se pretenden. Así, como señala por ejemplo la SAP de Murcia de fecha 26 de enero de 1994, se requiere un cambio sustancial de las bases sobre las que se asentaron las medidas o acuerdos que se pretenden modificar «de tal manera que su mantenimiento suponga un grave perjuicio para los interesados en tales medidas. Es decir, no se trata de aportar criterios meramente subjetivos o de complacencia, sino verdaderas razones, suficientemente probadas, necesarias y convincentes» para determinar la modificación de lo acordado en el sentido pretendido. Insistiendo en el mismo punto de vista, por ejemplo la SAP de Ciudad Real de fecha 20 de mayo de 1996 desglosa las exigencias o requisitos necesarios para que las medidas acordadas puedan resultar rectificadas, en los siguientes:

a) Un cambio objetivo en la situación contemplada a la hora de adoptar la medida que se trata de modificar.

b) La esencialidad de la alteración, en el sentido de que el cambio afecte al núcleo de la medida y no a circunstancias accidentales o accesorias.

c) La permanencia de la situación, en el sentido de que ha de aparecer como indefinida, estructural, no meramente coyuntural.

d) La imprevisibilidad de la alteración, pues no procede la modificación de la medida cuando, al tiempo de ser adoptada, ya se tuvo en cuenta ese posible cambio de circunstancias.

e) Finalmente, que la alteración no sea debida a un acto propio y voluntario de quien solicita la modificación, o al menos que el acto exceda al desarrollo y evolución normal de las circunstancias vitales de dicha persona».

En el supuesto que se somete ahora a la consideración de la Sala, razona la parte apelante que el juzgador *a quo* ha interpretado incorrectamente la existencia de la referida modificación de circunstancias y no ha tenido en cuenta el mecanismo extintivo de la pensión compensatoria regulado en el artículo 101 del Código Civil, razonando, además, que en cualquier caso la pensión compensatoria debe reputarse como un derecho del cónyuge económicamente desfavorecido por la separación, de carácter relativo, condicional y limitado en el tiempo.

Empezando por el que la parte apelante denomina «mecanismo extintivo», previsto en el artículo 101 del Código Civil, es lo cierto que el mismo previene que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el cese de la causa que lo motivó (desequilibrio económico con respecto a la posición del otro cónyuge y empeoramiento con relación a la que se disfrutaba constante matrimonio), o por contraer el acreedor nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona (lo que, evidentemente, ni se aduce ni se prueba en esta litis). Por tanto, hemos de entender que la parte recurrente considera que las causas en cuya virtud se acordó la pensión compensatoria han cesado. Al respecto, es preciso, desde luego, salir al paso de las manifestaciones realizadas en su recurso por la parte apelante, repetidas en el desarrollo de sus argumentos en varias ocasiones, en el sentido de que doña Virginia

disfruta de un salario y de una vivienda que superan con creces la media del conjunto de los ciudadanos del Estado. Es obvio que, aún cuando ciertamente esto no puede negarse, no nos encontramos en el marco de una pensión de alimentos (que requiere, y también con no pocos matices, una situación de cierta necesidad en el alimentista), sino en el ámbito de una pensión compensatoria que, desde luego, no precisa de la existencia en el acreedor de situación de necesidad, penuria o estrechez económica y sí demanda, en cambio, que su situación patrimonial se haya visto perjudicada como consecuencia de la separación y que se produzca un desequilibrio con relación a la posición económica del otro cónyuge, factores ambos que, cualquiera que fuese la situación económica de doña Virginia, –mayor, menor o igual a la medida del Estado–, se entendió en resolución firme que concurría al tiempo de establecerse la pensión compensatoria. Por eso, la supresión de la misma nunca podría justificarse sobre la base de la situación económica del acreedor con relación a la media de la población, sino porque hubieran desaparecido las causas que motivaron su adopción (porque ya no se hallara en peor situación que la que disfrutaba constante matrimonio o porque, pese a suceder lo anterior, no tuviera ya una situación de desequilibrio económico con respecto a la persona que fue su cónyuge). En este sentido, está acreditado, reconocido en la sentencia de instancia, y no impugnado en el recurso, que doña Virginia percibe hoy, como consecuencia de su trabajo, un salario inferior al que disfrutaba al tiempo de establecerse la pensión compensatoria (al ser entonces Directora de la Escuela de Enfermería y hoy profesora de ese mismo centro). Razona el apelante que doña Virginia ha cambiado de casa, extremo ciertamente reconocido, pero no tiene en consideración, ni nada aduce en su recurso al respecto, que en la sentencia de instancia se señala que la adquisición de esa vivienda se ha realizado con el precio obtenido por la venta de la vivienda anterior y con financiación hipotecaria adicional. Observa también el recurrente que doña Virginia ha adquirido un vehículo, pero tampoco toma en consideración que ello se ha hecho con entrega, como parte del pago, del vehículo anterior, tal como consta acreditado al folio 21 de las actuaciones, observándose que el primer vehículo fue dado de baja en aplicación del denominado «Plan Prever» y que, en ambos casos, tanto el turismo entregado como el adquirido, son vehículos de gama media. Finalmente, aduce la parte apelante tener «noticia cierta» de que la demandada «ha recibido de su madre» la cantidad de 72.00 euros, admitiendo, sin embargo, al menos implícitamente, que tal circunstancia, negada de contrario, no se ha acreditado en absoluto y manifestando que la prueba que propuso con ese fin no le fue admitida en primera instancia habiendo formulado la correspondiente protesta (no obstante lo cual, no se ha interesado el recibimiento del pleito a prueba en esta segunda instancia), razones por las cuales, evidentemente, por más que la parte asegure tener «noticia cierta» del comentado ingreso, es claro que no puede tenerse por acreditado.

En consecuencia, es llano que el cambio en las circunstancias económicas del acreedor, a los efectos que aquí se pretenden, han de ser sustanciales y contemplarse desde un punto de vista dinámico, en el sentido de que no cualquier alteración o renovación de bienes o derechos integrantes del patrimonio (ineludible, por otra parte, en cualquier economía) puede determinar el cese de la pensión compensatoria acordada, que requiere, en cambio, una alteración del «nivel (económico) de vida» que permita considerar, como ya varias veces se ha repetido, bien que el acreedor de la pensión compensatoria no se encuentra ya en una situación (económica) peor que la que disfrutaba constante matrimonio o que ha equilibrado su posición con respecto al otro cónyuge, bien por un aumento sustancial en la situación del acreedor (que aquí no se ha producido) bien por un detrimento también sustancial en la posición del deudor (que tampoco aquí ha tenido lugar).

Finalmente, observa la parte recurrente, citando al respecto la doctrina de diferentes Audiencias Provinciales del Estado y entre ellas la de de esta Sala, que la pensión compensatoria, especialmente atendiendo a la edad de la esposa (o esposo), a la capacidad potencial que éste/a disfrute para atender a sus propias necesidades, a la mayor o menor duración del matrimonio, etc., debe ser establecida con un carácter temporal. No tiene en cuenta, empero, la parte apelante dos cuestiones, a nuestro parecer, esenciales sobre este particular. En primer término, que existen ciertamente otras Audiencias Provinciales que han interpretado la cuestión de manera distinta (considerando que la pensión compensatoria debe tener, en principio y claro está salvo cambio de circunstancias, carácter indefinido), es decir, se trata de una cuestión, desde luego controvertida, precisamente por no resultar determinada en la legalidad vigente de forma inconteste. Y en segundo lugar, lo que es más importante, que no es éste el momento de discutir el eventual desacierto de la sentencia firme de separación (por firme, inatacable) sino de comprobar si se han producido o no cambios esenciales en las circunstancias que entonces se tuvieron en consideración para el establecimiento de la controvertida pensión; circunstancias, todas ellas, por las cuales procede la íntegra desestimación de la presente alzada.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La circunstancia de que existan deudas de Seguridad Social pendientes a cargo de la esposa no es causa para otorgarle una pensión compensatoria cuando la misma goza de independencia económica.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

En orden a la pensión compensatoria denegada en la instancia, significar que la demandada decidió en su día trasladarse a la localidad de Quart de Poblet, donde se ha incorporado al mundo laboral prestando servicios en varias empresas y alcanzando independencia económica suficiente para alquilar un piso, dejando de residir en el domicilio de sus padres. En consecuencia, no cabe apreciar la existencia de un desequilibrio económico en su perjuicio, ni derivar éste de deudas asumidas durante el matrimonio por impago de cuotas con motivo de su alta en el Régimen especial de Trabajadores Autónomos.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No ha lugar a reconocer pensión compensatoria a favor de la esposa cuando renunció expresamente a la misma al firmar capitulaciones matrimoniales.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblezas Negrillo

Por lo que se refiere a la pensión compensatoria, esta Sala ha tenido numerosas ocasiones de pronunciarse al respecto de que para que la pueda concederse, es preciso que se pruebe adecuadamente el soporte fáctico descrito en el párrafo primero del artículo 97 CC y 84 del Codi de Familia, consistente en que se produzca un desequilibrio económico en un cónyuge en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio; se determina pues, sobre un doble elemento comparativo, por un lado, de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (*status* económico inferior al del cónyuge contra el que se dirige la pretensión), exigiéndose así la combinación de ambas condiciones comparativas para que pueda surgir en el ámbito legal y consiguiente reconocimiento judicial.

En el caso, de lo anteriormente apuntado, no podemos deducir desequilibrio económico alguno entre las partes, pero es más, las mismas en fecha 6 de diciembre de 1999, es decir, con posterioridad a la celebración del matrimonio, contraído el 19 de diciembre de 1992, firmaron capitulaciones matrimoniales en las cuales la esposa renunciaba a cualquier pensión que le pudiera corresponder. En las mismas cambiaban el régimen económico del matrimonio al de separación de bienes, ello en uso de las facultades otorgadas por el artículo 1325 CC; y siendo así que la invalidez de las mismas aducida por la esposa se rige por las reglas generales de los contratos, según lo dispuesto en el artículo 1335 CC, no habiendo quedado acreditada causa alguna de dicha invalidez por vicio o defecto de consentimiento, a las mismas habrá de estarse, por lo que cualquier solicitud de pensión compensatoria queda fuera de lugar en las presentes actuaciones, sin que por otra parte, quepa la nulidad de la sentencia en el sentido peticionado por la demandada, no tanto porque no se adujo en su día, sino, lo que es más importante, porque en ningún momento se ha causado indefensión a dicha parte.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede volver a acordar una nueva pensión compensatoria puesto que en el convenio se fijó una por importe de 35.000 pesetas durante 2 años, transcurrido el cual se extinguió.

AP BARCELONA. SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblezas Negrillo

Sentadas así las bases del recurso, antes de nada diremos que tenemos que las partes firmaron un convenio de separación en fecha 25 de junio de 2001, que fue judicialmente homologado por Sentencia de 6 de noviembre de 2001, convenio que puede ser modificado en el procedimiento de divorcio si se dan determinados supuestos o circunstancias, entre los que se encuentra la alteración sustancial de las circunstancias, o bien que alguna medida pueda afectar a los principios de orden público, caso en el cual no puede quedar al arbitrio de las partes y por otro lado, el contenido del convenio regulador, como negocio jurídico de Derecho de Familia, tiene el efecto jurídico de los actos propios, que vincula a los otorgantes en materia probatoria de la cuestión debatida.

Por otro lado, es doctrina reiterada de esta Sala que para que la pensión compensatoria pueda concederse, es preciso que se pruebe adecuadamente el soporte fáctico descrito en el párrafo primero del artículo 84 CF, consistente en que se produzca un desequilibrio económico en un cónyuge en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio; se determina pues, sobre un doble elemento comparativo, por un lado, de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (*status* económico inferior al del cónyuge contra el que se dirige la pretensión), exigiéndose así la combinación de ambas condiciones comparativas para que pueda surgir en el ámbito legal y consiguiente reconocimiento judicial. Tiene pues una naturaleza reparadora tendente a equilibrar en lo posible el descenso de nivel de vida de un cónyuge en relación con el que conserve el otro, debiendo partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no el desequilibrio con el consiguiente nacimiento o no del derecho a la pensión, del tiempo en que se produjo la ruptura de la convivencia, sin que las circunstancias sobrevenidas o las alteraciones posteriores en la fortuna de uno u otro cónyuge, permitan su reconocimiento posterior.

En el supuesto de autos vemos que en el convenio se pactó una pensión compensatoria para la esposa de 35.000 pesetas durante un período de dos años, por lo que ha quedado extinguida, y perteneciendo la misma al ámbito dispositivo, no procediendo su determinación posterior de conformidad con lo arriba apuntado, es por lo que el recurso que se resuelve debe ser desestimado.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El desequilibrio económico que justifique el establecimiento de una pensión compensatoria debe ser apreciado en el momento de la ruptura de la convivencia y no después, y por ello, si en el convenio de la separación no se pactó pensión, no procede concederla en el divorcio.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

La demandada interpone el recurso de apelación exclusivamente por la pensión compensatoria y a este respecto se ha de resaltar que el presupuesto fáctico para su nacimiento, tal como expresa el artículo 97 del Código Civil, es el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges pueda

significar la separación o el divorcio en relación con la posición del otro y que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, en cuanto que su fundamento descansa en el equilibrio que debe subsistir entre los cónyuges en los casos de ruptura matrimonial, de forma que ninguno de ellos se vea afectado, desde un punto de vista material, en el *status* que mantenía al tiempo de la convivencia, es decir, que dentro de lo posible, cada uno pueda seguir viviendo a un nivel equivalente al que disfrutaba antes de la separación o el divorcio. Ahora bien, el desequilibrio que se ha de valorar para que propicie el derecho a la misma, es el que se produce en el momento de la ruptura de la convivencia, comparándolo con el estado inmediatamente anterior de normalidad matrimonial y ese cese de la vida en común respecto de los hoy litigantes, tuvo lugar con ocasión de la separación, que por tanto, era el momento adecuado para examinar si concurrían o no los requisitos para conceder pensión compensatoria a la esposa, lo que así se hizo, y siendo esto así, es claro que si esta cuestión fue estudiada en dicho momento y resuelta, ese pronunciamiento, acordado por ambos cónyuges, resulta vinculante, sin que se pueda pretenderse ahora su revisión, pues, como se ha dicho, el momento para ponderar el desequilibrio, tanto en lo referente a la cuantía como a la duración, fue aquél en que se produjo el cese de la convivencia y no el presente, de ahí que por lo expuesto, se esté en el caso de desestimar el recurso en este punto.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La circunstancia de que la esposa, sin cualificación profesional alguna, se dedique a tareas de limpieza a media jornada, no es causa para extinguir la pensión compensatoria.

AP TARRAGONA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María Sara Uceda Sales

De lo expuesto se desprende que el recurrente se muestra únicamente disconforme con la fijación y el importe de la pensión compensatoria. Tal como declara la Sentencia de esta Audiencia de fecha 21 de marzo de 2000 la pensión compensatoria del artículo 84 del Código de Familia, que esencialmente, aunque no literalmente, coincide con la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, tiene dos presupuestos fácticos: a) que la separación o divorcio le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro; y b) que ello implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio y así la fijación de tal pensión, se ha de realizar en resolución judicial, teniendo en cuenta que no exceda el nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio, ni el que pueda mantener el cónyuge obligado al pago. Asimismo, según el número 2 del citado artículo, deben considerarse: a) la situación económica resultante para cada uno de los cónyuges como consecuencia de la crisis matrimonial; b) la duración de la convivencia conyugal; c) la edad y salud de ambos cónyuges; d) la compensación económica del artículo 41, en su caso; y e) cualesquiera otras circunstancias, supuesto este último en el que se pueden incluir todas las circunstancias personales, familiares, económicas y sociales, que los Jueces o Tribunales estimen relevantes. En todo caso, debe adoptarse un criterio restrictivo en la concesión de dicha pensión compensatoria, ya que no es admisible el otorgamiento de la pensión compensatoria atendiendo a similitudes con otros preceptos, cuya interpretación desgajada del sistema en que se integran daría lugar a resultados contraproducentes, pues no se trata de una pensión alimenticia en favor de uno de los cónyuges, sino que constituye un caso de resarcimiento de una daño objetivo, basado en el desequilibrio económico como consecuencia y no causa de la separación o divorcio. Se trata de una pensión de carácter indemnizatorio, pero tasado; no pertenece absolutamente al derecho dispositivo, pero es renunciable; no es de carácter necesario, sino facultativo, y su concesión sólo tiene lugar a instancia del cónyuge que la pretende; tiene una finalidad compensatoria, de ahí el nombre por la que es conocida; es ajena a toda idea de culpabilidad y ofrece, más bien, los caracteres de una responsabilidad objetiva o por riesgo, estando, por último, atribuida la cuantía de la pensión a la discrecionalidad judicial sin tablas determinadas, dada la mutabilidad de circunstancias de cada matrimonio. En definitiva la llamada pensión compensatoria no constituye un efecto primigenio de la separación, nulidad o divorcio, a diferencia de

las medidas adoptadas respecto a los hijos menores, cargas del matrimonio y alimentos, sino un efecto secundario, eventual, en cuanto a su apreciación se da en unos casos y no en otros, según concurran o no en la concreta situación de los esposos los presupuestos de hecho previstos en la norma, dada la naturaleza jurídica privada, motivo por el que las partes pueden renunciar a ella.

En el caso presente, el matrimonio duró veintiséis años, la actora se incorporó al mundo laboral en el año 2000 y no consta que tenga cualificación profesional de ningún tipo, desempeñando en la actualidad labores de limpieza para una empresa a media jornada por lo que percibe un salario de 397,21 euros y, atendiendo a su edad (53 años) y a su falta de capacitación profesional, las posibilidades de encontrar cualquier otro trabajo y, por tanto, obtener mayores ingresos, son reducidas. En cambio, el demandado, que cuenta con 55 años, trabaja desde el año 1976 en la misma empresa, Grúas Leman, SA, con la categoría profesional de capataz, derivándose de los movimientos de la cuenta bancaria que percibió por nómina las siguientes cantidades: 2.419,38 euros (5 de septiembre de 2002), 2.396,25 (5 de junio de 2002), 2.360,40 (5 de abril de 2002), 3.146,89 (3 de mayo de 2002), 2.401,24 (05 de agosto de 2002), etc., sin que puedan ni deban tenerse en consideración las operaciones que efectúa el recurrente ya que consta que aproximadamente y de forma mensual percibe 2.400 euros y que, además, en junio, marzo y diciembre percibe pagas extras, resultando evidente que sus ingresos, contrariamente a lo que expone, son elevados y que, principalmente con ellos, pudieron adquirir el domicilio familiar (al que el propio recurrente califica de lujoso) y el vehículo BMW del demandado (por el que debe resaltarse que ya abonaba la cantidad mensual 520 euros), por lo que, teniendo en cuenta el desequilibrio económico producido como consecuencia de la separación o divorcio así como las circunstancias del nivel de vida de que gozaban durante el matrimonio y las existentes en el momento de la separación, se estima necesario mantener la pensión compensatoria a fin de que la esposa pueda mantener, dentro de sus posibilidades, el nivel de vida del que gozaba anteriormente.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Procede declarar extinguida la pensión compensatoria puesto que en el convenio regulador se fijó que la misma cesaría cuando la beneficiaria tuviese un empleo estable, lo que se ha cumplido. No afecta a tal pacto hechos no tenidos en cuenta en aquel momento, como por ejemplo, el padecimiento de una enfermedad posterior.

AP BALEARES, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Gómez Martínez

La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil tiene por fundamento la corrección del desequilibrio económico derivado del divorcio o la separación y el mantenimiento de la paridad del cónyuge durante el matrimonio y durante la posterior etapa de disociación, es decir, intenta corregir o reparar el posible desequilibrio que la separación o el divorcio ocasione en el nivel de vida de uno de los esposos en relación al que conserva el otro y en función del que ambos venían disfrutando al tiempo inmediatamente anterior al cese de la convivencia conyugal. El fin que se persigue con tal pensión es el de permitir que continúe disfrutando de un nivel de vida similar al que tuvo durante la etapa de normalidad matrimonial aquel de los cónyuges que, a diferencia del otro, no dispone de suficientes medios de fortuna que le aseguren el mantenimiento de dicho nivel.

A diferencia de otras medidas derivadas de la separación o divorcio la pensión compensatoria es de naturaleza dispositiva. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de diciembre de 1987 cuando señala en relación al artículo 97 del Código Civil que «es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto de los cuales sí se refiere la función tuitiva».

Es, precisamente, en uso de su autonomía de la voluntad, que los cónyuges pactaron que la obligación de abonar la pensión compensatoria cesaría una vez que la Sra. Celestina tuviese un empleo estable y es un hecho admitido que esta circunstancia se ha cumplido.

Acordar la continuación de la pensión por haberse manifestado tras la separación una nueva enfermedad de la Sra. Celestina supone no sólo ir en contra de lo pactado sino, además, atribuir a la pensión compensatoria una naturaleza alimenticia de la que carece. En efecto, desaparecido el vínculo matrimonial entre don Luis Antonio y doña Celestina, no existe entre ellos relación alguna de parentesco que justifique la permanencia de una obligación alimenticia, aunque desgraciadamente, la salud de la Sra. Celestina haya empeorado como consecuencia de una enfermedad sobrevenida.

En consecuencia, deberá revocarse este concreto extremo de la resolución recurrida para declarar extinguida la obligación de don Luis Antonio de satisfacer una pensión compensatoria a doña Celestina.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El hecho de que el esposo se haya jubilado no es causa para extinguir ni reducir la cuantía de la pensión compensatoria cuando el mismo cuenta con un importante patrimonio.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

Interesa el actor la supresión de la pensión compensatoria establecida en el juicio de divorcio, con un importe de 175.000 pesetas, que en la actualidad, con las revalorizaciones, asciende a 1.346,27 euros al mes, o su reducción a 380 euros al mes, mientras que la demandada solicita la desestimación de la demanda; establece el artículo 100 del Código Civil que fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge; en el caso que hoy atrae la atención de la Sala, la aplicación del precepto trascrito pasa por comprobar si la circunstancia invocada por el demandante, es decir, su jubilación, y la percepción de una pensión por este concepto de 816,76 euros, es o no una alteración sustancial de su capacidad económica; con el estudio de las pruebas practicadas en el juicio se constata que el actor vendió los días 27 y 28 de agosto de 2002 (folios 88 y siguientes) las acciones 1 a 27 de la sociedad «Brulaf, SA» a Carlos María, por 300.506,06 euros y las números 28 a 54 a la sociedad «Sunny Valley Overseas Inc» por 321.541, 48 euros, lo que da idea de la importancia de su patrimonio; asimismo en el Registro de la Propiedad consta el actor como administrador único y máximo partícipe de la entidad Inversiones y Patrimonio Sagunto, SL», dedicada a la compraventa y explotación de bienes inmuebles urbanos y rústicos, titular a su vez de varias plazas de garaje, locales y viviendas (folios 154 y siguientes); a la vista de estos datos, la Sala estima que la nueva situación laboral del actor, no reviste la suficiente trascendencia para determinar la reducción, ni mucho menos la supresión de la pensión compensatoria, habida cuenta no sólo el patrimonio del demandante sino también la carencia de ingresos de la demandada, que cuenta ya con 62 años, quien durante la convivencia conyugal, empezada en agosto de 1965 y acabada en enero de 1985, se dedicó a atender a la familia; la capacidad económica del demandante ya fue apreciada en la Sentencia recaída el día 25 de abril de 2003 en el juicio de modificación de medidas 331-02 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sagunto, (folios 24 y siguientes) en relación a otro matrimonio posterior del demandante, y fue confirmada luego por este Tribunal resolviendo el recurso interpuesto por el actor (folio 235), en la que se dio lugar a una ligera reducción del importe de las pensiones alimenticias de los hijos teniendo en cuenta, en alguna medida, otros factores como la ligera disminución de las necesidades de los alimentistas, por lo que la reducción llevada a cabo en aquel proceso no es trasladable automáticamente a éste; procede por ello la estimación del recurso de la demandada y la revocación de la sentencia en el sentido pretendido por ella.

CONVENIO REGULADOR

Cuando se trata de fijar la cuantía de la pensión alimenticia, no son vinculantes para el tribunal los pactos contenidos en un convenio regulador no ratificado, sin que por otro lado pueda darse plena eficacia al dato contenido en el mismo relativo a los ingresos que percibe el progenitor no custodio.

AP MURCIA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Manuel Nicolás Manzanares

Pues bien, lo primero que se ha de decir es que aquel convenio regulador no ratificado y, por tanto, no homologado judicialmente, en modo alguno vincula en cuanto a las medidas controvertidas en esta apelación, debiéndose recordar que en materia de prestación alimenticia para los hijos menores de edad –como es el caso– es comúnmente aceptada la derogación del principio rogatorio característico del proceso civil, dado que se conjugan elementos dispositivos con otros de *ius cogens*, derivados de la especial naturaleza de la normativa reguladora de los derechos y obligaciones paterno-filiales, de suerte que, subyaciendo un interés público en lo referente a los menores, todo pacto al respecto requerirá la intervención del Ministerio Fiscal y la aprobación judicial para ser válido y surtir efectos, sin que el órgano jurisdiccional tenga necesariamente que sujetarse a lo pedido por las partes, de manera que, para fijar la pensión de alimentos en favor de los hijos menores, al Juez no le vincula lo pedido por las mismas.

Realmente, tampoco discrepa el apelante con el anterior razonamiento y lo que hace es utilizar, con indudable habilidad argumentativa, el convenio como dato –entre otros– revelador de que sus ingresos no son otros que los estrictamente certificados por la empresa para la que trabaja, esto es 632 euros netos al mes, constituyendo la base esencial de su impugnación. Sin embargo, para la fijación de los alimentos debe atenderse a las posibilidades del obligado a prestarlos –«caudal o medios» refiere el artículo 146 del Código Civil– y no sólo a los rendimientos económicos acreditados, que pueden obedecer a situaciones coyunturales o buscadas de propósito para que la distribución de la carga alimenticia resulte menos onerosa; y así lo ha venido a entender el Juzgador *a quo*, que en sus sentencia hace un minucioso análisis de los datos que ponen de relieve las pruebas practicadas, para concluir que las posibilidades económicas del padre son mayores que las que se infiere de su nómina; y ello con un razonamiento absolutamente lógico y racional, sobre el que, por tanto, no puede prevalecer el interesado esgrimido en el recurso.

Partiendo de ello, también se ha de dejar sentado que tampoco es de recibo la pretensión del apelante de que la pensión alimenticia se haga efectiva durante los once meses en que los niños se hallen en compañía de la madre, pues, la cuota alimentaria viene concebida y calculada desde una dimensión global de los gastos de los necesitados que no se identifica con los puntuales correspondientes a determinar días o meses, y ello aunque la sentencia también establezca la obligación del padre de pagar un 30% de sus tres pagas extraordinarias, pues el resultado hubiera sido el mismo si esa parte proporcional de las pagas extraordinarias se hubiesen prorrateado entre las doce mensualidades.

Por otro lado, es cierto que en orden a concretar la cuantía de la pensión alimenticia para los hijos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 93, 103.3.º, 146 y 147 del Código Civil, hay que tener en cuenta el caudal o medios de quien los satisface y las necesidades de los alimentistas; y, cuando se trata de la contribución de ambos progenitores para satisfacer alimentos a los hijos, su caudal respectivo (artículo 145 párrafo primero del CC), debiendo por ello tenerse en cuenta, comparativamente, los ingresos económicos y medios materiales de cada cónyuge, así como, de manera especial, la dedicación personal a los hijos del ascendiente que tenga confiada su guarda (artículo 103.3.ª CC). Se dice lo anterior porque, a instancia del apelante, en esta alzada se ha incorporado informe sobre la vida laboral de la madre, que evidencia que ésta trabaja por cuenta ajena; lo que, sin embargo, en nada incide sobre la decisión finalmente adoptada en la resolución impugnada, por cuanto que, a la postre, tal prueba no viene sino a avalar el dato de que se trata de un trabajo a tiempo parcial y poco retribuido ya tenido en cuenta por el Juzgador de instancia, que, con indudable acierto, también ha sabido ponderar la muy notable participación que representa por parte de la madre como encargada de la guarda y crianza de los hijos. Y en cuanto a las necesidades de éstos, siendo cierto, como se sostiene en el recurso, que este tribunal tiene dicho que no constituye, o al menos no necesariamente, una

variación sustancial de las circunstancias el hecho de que con el mero aumento de la edad de los menores se vaya produciendo un natural incremento de los gastos, sin embargo en este caso, aparte de que nos encontramos en un procedimiento de modificación de medidas, el dato de que en la fecha de la separación los menores tenían 9 y 7 años y en la fecha de la sentencia ya contaban 16 y 14 años, encontrándose en plena adolescencia y con mayores necesidades pecuniarias, es valorado con los demás concurrentes. Por último, tampoco debemos dejar pasar por alto que la sentencia apelada declara extinguida la pensión compensatoria establecida en la separación con cargo al esposo y a favor de la esposa por importe de 20.000 pesetas mensuales y además «desde el mes de agosto (inclusive) del año 2000».

Finalmente, en la sentencia de instancia se razona de manera convincente el establecimiento de la suma de 60,10 euros mensuales con cargo al ahora apelante para pago de la deuda que por atrasos tiene con su esposa e hijos, frene a la medida que, por el mismo concepto, él defiende.

En definitiva, no discutiéndose la medida relativa a los gastos extraordinarios, las que son objeto de controversia en esta apelación han de ser refrendadas, pues el Juzgador de instancia ha sabido valorar, con detalle y acierto, las circunstancias concurrentes para fijarla, ajustándose a los criterios de proporcionalidad de los artículos 142, 143, 145, y 146 del Código Civil, tratando, en la medida de lo posible, de evitar que se ponga en peligro, si no su subsistencia, sí la educación y formación integral de los hijos, cuando, no olvidemos, el principio que rige en los procesos matrimoniales, respecto a aquéllos, es que la ruptura de la convivencia de los padres les afecte lo menos posible, procurando que los descendientes sigan disfrutando de las mismas condiciones económicas que les correspondería si los padres siguieran viviendo juntos.

CONVENIO REGULADOR

No puede considerarse acreditado que la ahora apelante se viese obligada a suscribir el convenio regulador por miedo: no se concreta, ni justifica, una situación tal que pudiera dar lugar a dicho sentimiento, ni tampoco, que ignorase, entonces, los ingresos del esposo.

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Íñigo Elizburu Aguirre

Recurre en apelación, doña Ramona, pretendiendo la estimación íntegra de la demanda, con expresa imposición de las costas, discrepando de la sentencia recurrida por lo que respecta a la cuantía de la pensión compensatoria y el establecimiento de límite de tiempo de la misma (ocho años).

Para la debida resolución del presente recurso, y sin necesidad de reproducir las consideraciones en la que se basa el mismo, al deber ser conocidas por las partes, ha de comenzarse indicando que los cónyuges, con fecha 11 de marzo de 2003, suscribieron un convenio regulador de los efectos derivados de la separación conyugal, convenio en el que se recoge que el esposo abonará a la esposa mensualmente la cantidad de 200 euros..., y que se hará cargo asimismo, mediante la domiciliación en su cuenta, de los gastos derivados por la casa sita en la CALLE000, NÚM000-NÚM001 a la comunidad de propietarios de que forma parte.

Pues bien, como mantiene el Tribunal Supremo en Sentencias como la de 15 de febrero de 2002: asimismo comparte la doctrina que recoge en relación con dichos acuerdos, pues los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales, estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. de 22 de abril de 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad sustantiam* para determinados actos de disposición, se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 26 de enero 1993, 7 de marzo de 1995, 22 de abril y 19 de diciembre de 1997 y 27 de enero y 21 de diciembre de 1998) y la doctrina registral (Resoluciones de la DGRN de 31 de

marzo y 10 de noviembre de 1995 y 1 de septiembre de 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial.

Siendo esta doctrina plenamente aplicable al caso que nos ocupa; dado que no es apreciable alteración sustancial de las circunstancias alguna, desde la suscripción por los cónyuges de dicho convenio regulador; que no puede considerarse acreditado que la ahora apelante se viese obligada a suscribir el mismo por miedo: no se concreta, ni justifica, una situación tal que pudiera dar lugar a dicho sentimiento, ni tampoco, que ignorase, entonces, los ingresos del esposo, no siendo suficiente a estos efectos la corroboración proveniente del testimonio de la hija Elena, no habiendo ejercitado la ahora apelante acción alguna tendente a la anulación de dicho acuerdo y; dado que los bienes que, en definitiva, puedan existir, tendrán su reflejo en la liquidación del régimen económico matrimonial, esta Sala considera que lo procedente es homologar el indicado convenio regulador suscrito por ambas partes respecto a la cantidad que debe abonar, pudiendo consistir la revisión anual únicamente en incremento, y a la que, por otro lado, debe hacer frente el Sr. Gabino, y respecto a la limitación temporal de la pensión compensatoria, entiende esta Sala que tal limitación, que no se argumenta en la sentencia recurrida, carece de justificación, atendiendo a que en dicho convenio regulador no se previó ninguna y dado que no se corresponde con circunstancias concurrentes tales como la importante duración de la convivencia y la edad de la esposa, por lo que procede la parcial estimación del recurso en los términos que resultan de lo hasta el momento expuesto, no habiendo lugar a modificación más alguna de la sentencia recurrida.

CUESTIONES PROCESALES

Desestimación de la petición de medidas cautelares vía artículo 158 del CC cuando está en trámite un procedimiento de modificación de medidas.

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, AUTO DE 19 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Roque Villamor Montoro

Constituye el objeto de las medidas tramitadas el cambio del régimen de guarda del menor Antonio previamente establecido a favor de la madre en procedimiento de separación matrimonial, y al que se accede en la resolución recurrida que viene a ser impugnada por la representación de la madre en base a dos motivos:

1. Error en la apreciación de la prueba, entendiendo que del conjunto de la prueba no consta acreditado ningún peligro o perjuicio para el menor derivado del actual régimen de guarda, haciendo referencia a la tramitación del procedimiento de modificación de medidas 850/2004 que en el procedimiento de modificación de medidas, entendiendo que lo que sucede es que el menor no acepta que la madre tenga una nueva pareja, remitiéndose al resultado de la prueba pericial practicada al que la resolución recurrida no da crédito.

2. Infracción del artículo 158 del Código Civil, a propósito de que no acreditado perjuicio o peligro para el menor, en concreto los hechos alegados en la demanda para abrir esta vía especial, la cuestión del cambio de régimen de guarda ha de ser resuelta en el procedimiento de medidas.

Por su carácter procesal ha de ser tratado en primer término el segundo de los motivos invocados, lo cual requiere tener en cuenta, que cuando se presenta la demanda origen de este procedimiento, 27 de septiembre de 2004 ya se había presentado con fecha 27 de julio de 2004 petición de modificación de medidas que planteaba el cambio en el régimen de guarda del menor, admitida a trámite por resolución del día siguiente y señalada la vista para el día 24 de septiembre de 2004, en tanto que la vista del presente procedimiento se señaló para el 11 de octubre de 2004. Por otra parte, téngase en cuenta que en el hecho segundo de la demanda aquí analizada, hacía referencia a que se producían desavenencias y situaciones violentas entre la madre y su actual pareja, y esto es la causa de la presentación de la demanda de modificación de medidas 850/2004. Seguidamente en el hecho tercero, se

hace mención a que el menor Antonio se encuentra sometido a numerosas presiones por la madre, al tener ésta conocimiento de que va a decir en el expediente de modificación de medidas que quiere convivir con el padre, añadiéndose que la madre le obliga a convivir con su pareja, lo tiene incomunicado telefónicamente, encontrándose aislado.

Dicho lo anterior no puede sostenerse, en línea con lo argumentado por la parte recurrente, que el objeto y justificación de estas medidas no podía ser otro que esas presiones, incomunicación y aislamiento, y estas circunstancias la propia sentencia dice que no se han acreditado (párrafo cuarto del fundamento jurídico segundo. No obstante, la resolución recurrida se extiende a considerar que lo que si está acreditado es que la relación que la madre impone al menor con su actual pareja le causa un perjuicio y ello puede representar un peligro para la estabilidad emocionar del menor «basta ver el aislamiento al que el mismo se somete cuando el compañero de su madre frecuenta la casa, lo que indudablemente puede afectar al normal desarrollo de su personalidad. Concluye accediendo al cambio de guarda ateniéndose también al deseo del menor. Como dice el auto de la AP de Lugo de 6 de mayo de 2002 que cuando hablamos de las medidas del artículo 158 del Código Civil, estamos «ante la necesidad urgente de resolver, con base en el interés preferente del menor, la asignación de la guarda y custodia, sin perjuicio de los derechos que, en su caso, los que se sientan perjudicados puedan articular a través de un procedimiento declarativo». Efectivamente, se podrá decir que aun cuando las circunstancias que pudieran justificar la necesidad de resolver urgentemente no se han acreditado, el interés del menor esencial referencia en esta materia, justificaría que se resolviera por esta vía aun cuando no se produjera esa urgente necesidad, a salvo supuestos en que se haya producido indefensión, pero ello sería siempre sobre la base de que esas otras circunstancias, no representativas de peligro para el menor, constituyan el real objeto del procedimiento, lo que en el presente caso no se da, ya que la propia parte (hecho segundo) claramente indica que lo que finalmente ha determinado a la juzgadora de instancia a acceder al cambio de modificación del régimen de guarda, constituye la justificación del expediente de modificación de medidas planteado en julio de 2004, lo que conduce a excluir, para evitar resoluciones contradictorias de primera o segunda instancia al recaer sobre la misma materia.

CUESTIONES PROCESALES

El proceso de divorcio no es el cauce adecuado para ventilar la cuestión del carácter privativo o ganancial de un negocio.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio González González

Ya en la sentencia que se recurre expresamente se señala que la presente litis no es el cauce adecuado para ventilar la cuestión del carácter privativo o ganancial del Bar El Porvenir, argumento que es correcto, pues para ello es preciso acudir al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial regulado por los artículos 806 y siguientes de la LEC; por lo cual será en dicho procedimiento donde pueda dilucidarse tanto el tema de la naturaleza privativa o ganancial de dicho bar, como el del régimen de las rentas que haya podido producir una vez disuelta la sociedad de gananciales, así como, en su caso, las medidas en torno a su administración.

Por consiguiente, el planteamiento del recurso ha de decaer, ya que, por otra parte, ha de estarse con la sentencia impugnada en la ausencia de desequilibrio económico, necesario para el señalamiento de pensión compensatoria.

CUESTIONES PROCESALES

Es procedente la imposición de las costas procesales ante la desestimación total de la demanda en la que se solicitaba la devolución de las cantidades pagadas en concepto de pensión compensatoria, al no ser una cuestión encuadrada en la esfera del interés público.

AP GIRONA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Miguel Fernández Font

Cuestiona el Sr. Marco Antonio que se le hayan impuesto las costas de la demanda reconvencional. Considera que las dudas de hecho que genera la pretensión deducida en ella justificaría, al amparo del artículo 394.1 de la LEC que no se le impusiesen.

El ámbito de la demanda reconvencional se limitaba a interesar la devolución de las cantidades pagadas en concepto de pensión compensatoria por la ya comentada convivencia de la esposa con otro hombre.

Dicha pretensión fue totalmente desestimada, sin que la Sala aprecie dudas de hecho según resulta de lo razonado en el fundamento jurídico cuarto de la presente sentencia.

Por lo demás las cuestiones atinentes a este tipo de prestación no entran en la esfera del interés público, como sí sucede con las medidas a favor de los hijos comunes, por lo que se rigen por el principio dispositivo y no por el de intervención de oficio. Si bien esta Audiencia ha seguido y mantiene el criterio de no imponer costas cuando el debate se refiera a las primeras medidas, no sucede lo mismo cuando de las segundas se trate. La reconvención como se ha apuntado, se refiere tan sólo a estas últimas, por lo que su desestimación comporta la imposición de costas, como acertadamente ha decidido la juzgadora de instancia.

CUESTIONES PROCESALES

La reclamación de cantidades concretas satisfechas por uno de los progenitores con anterioridad a interponerse la demanda matrimonial por los gastos familiares subsumibles en el artículo 4 del CF corresponde ejercitarlo en el declarativo que corresponda y no en el procedimiento matrimonial.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Bachs Estany

En cuanto a las reclamaciones de cantidades concretas satisfechas con anterioridad a la demanda que inició este litigio –en concreto gastos familiares subsumibles en el artículo 4 del Codi de Familia realizados después de la ruptura, entre junio y agosto de 2002–,supuestamente por la actora en exclusiva, siendo deudas de titularidad común, constituye el ejercicio de una acción de reclamación de cantidad y no la petición de la declaración de un efecto propio de la separación –que miraría hacia el futuro, para después de la sentencia o, a lo sumo, del establecimiento del objeto procesal tras la contestación– y debe reservarse para el juicio declarativo que corresponda.

Máxime tratándose de cargas familiares y otras deudas que se reconocen canceladas y extinguidas con la enajenación del hogar conyugal, en fecha 3 de mayo de 2003, anterior a la demanda (22 de mayo de 2003). No puede estimarse ese punto del recurso.

Otra cosa distinta es que proceda la declaración en sentencia de la obligación de pago por mitad de las cargas familiares existentes y exigibles a la demanda o devengadas con posterioridad, inherentes al condominio del hogar familiar, es decir,

de las cuotas de comunidad de propietarios, de la tasa de basuras y del pago del IBI correspondiente hasta la enajenación de la finca (que incluye el IBI del ejercicio 2003 y la tasa de basuras de dicho ejercicio, que se devengan íntegras a 1 de enero, ya que la enajenación no se produce hasta 5 de marzo de 2003), efecto que debe pedirse –y en este caso concreto debe entenderse peticionado implícitamente– en aplicación del artículo 78.2 en relación con el artículo 76.3.c) del Codi de Familia.

Sin que sea obstáculo a ello que a fecha de dictarse la sentencia ya estuviera enajenado el inmueble, pues dicho pronunciamiento debe afectar a las obligaciones surgidas durante la litis.

Pronunciamiento declarativo, genérico, nunca de una concreta cantidad, que, por tanto, debe incorporarse a la sentencia de instancia y ejecutarse, en su caso, por el Juzgado *a quo* a petición de parte interesada.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No procede acordar que el régimen de visitas se lleve a efecto en el Punto de Encuentro –reservada para supuestos excepcionales– y que se realice un seguimiento psicológico a los menores al no apreciarse que exista motivo alguno para ello. La solución al problema pasa porque el padre solicite el asesoramiento de personas técnicamente preparadas en relación con la forma de comportamiento que ha de tener con sus hijos cuando esté en su compañía.

AP ZAMORA, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Esther González González

Se formula el presente recurso de apelación frente a l auto dictado por la Magistrada-juez del Juzgado núm. 2 de Zamora de fecha 16 de julio de 2004, por el que se acordó no haber lugar a la ejecución de la sentencia de separación matrimonial núm. 119/2002 que fue dictada por el mismo Juzgado de Primera Instancia núm. 2 , instada por el recurrente y en solicitud de que el régimen de visitas establecido a favor del padre en la citada sentencia de Separación Matrimonial se lleve a cabo en un punto de encuentro y que se realice un seguimiento psicológico de los menores.

En cuanto a la cuestión de fondo que se está planteando, deben hacerse las siguientes precisiones: 1) El principio general que debe primar en la ejecución del régimen de visitas así como en las relaciones paternofiliales, es el interés y beneficio de los menores. Esta perspectiva no puede perderse de vista puesto que si bien las relaciones paternofiliales dan lugar además de deberes para los padres derechos a favor de los mismos y que la finalidad de las resoluciones judiciales debe ser la de la conciliación de esos derechos y deberes y los que existen para los hijos, el principio fundamental que está por encima de todos los demás es el de interés y beneficio de los menores.

2) Este principio es del que se debe partir para la fijación del régimen de visitas y para la ejecución del mismo y por ello, debe tratarse de que por parte de los menores se viva la separación de sus padres y la relación que a partir de la misma van a tener, sobre todo con el que no conviva con ellos, de la forma más normalizada y natural posible y tratar de que el proceso de separación matrimonial y la ejecución de las resoluciones judiciales les afecten lo menos posible.

3) Es por ello por lo que nuestro ordenamiento jurídico prima en primer término todas aquellas soluciones que sean resultado del acuerdo de los cónyuges y progenitores, al entenderse que si existe ese acuerdo la ejecución de aquello que se ha pactado voluntariamente resultará más fácil y menos conflictiva y que la afectación a los menores resultará minimizada.

4) Cuando no existe ese acuerdo entre los cónyuges y se somete a la decisión judicial la solución de los problemas y desacuerdos surgidos entre los cónyuges, el proceso judicial debe llevarse a cabo bajo la presidencia de ese mismo principio y realizar con los menores las mínimas actuaciones posibles, siempre que resulten imprescindibles para

fijar la forma que resulte más adecuada de relación paternofilial.

Estas premisas nos han de llevar a confirmar la resolución recurrida. La forma en la que se pretende llevar a cabo el régimen de visitas por parte del padre, es una forma a la que se ha llegado, para supuestos excepcionales en los que no es posible que el régimen de visitas se desarrolle de forma normalizada y en los que no esté aconsejado que los menores pasen con el padre o la madre con el que no convivan y en el ámbito de vida del progenitor el tiempo de las visitas y compañía que se haya fijado en la sentencia. Así debe ser, porque como hemos dicho anteriormente el régimen de visitas ha de tratarse de desarrollar en la forma y en el ámbito más normalizado posible y el punto de encuentro que presenta muchas ventajas y viene a solucionar situaciones para las que no existían soluciones adecuadas, no es adecuado para la ejecución de un régimen de visitas y compañía como de la que tratamos.

No negamos que en el desarrollo del régimen de visitas puedan surgir dificultades para las que deberán irse buscando soluciones que debe provenir, fundamentalmente, de los mayores. Sin embargo lo que no parece adecuado es que en un régimen de visitas y compañía que se viene desarrollando con normalidad en cuanto a que los menores van y acuden al domicilio del padre de una forma normalizada, se venga a ejecutar a través de un punto de encuentro por las dificultades de relación del padre con los hijos menores, para cuya superación existen otro tipo de soluciones, como que el padre solicite el asesoramiento de personas técnicamente preparadas en relación con la forma de comportamiento que ha de tener con sus hijos cuando estén en su compañía.

El sometimiento de los menores a seguimiento psicológico que puede llevarse a cabo en aquellos casos en los que sea necesario, no puede ser considerada la panacea de los problemas de relación y puede producir en los menores una reacción incluso contraria a la pretendida. Cuando de menores perfectamente normales y que no presentan problema alguno de comportamiento y así se pone de manifiesto por el resultado de las pruebas periciales psicológicas a las que han sido sometidos anteriormente no manifestándose en las mismas que el seguimiento psicológico de los menores o el desarrollo del régimen de visitas en un punto de encuentro resulte adecuado y beneficios para los menores. Debe añadirse también, que la propia Magistrada-juez exploró a los menores y resolvió a la vista de las manifestaciones de éstos y de las sensaciones que tuvo de esa relación personal e inmediata con ellos, que esta Sala no ha mantenido.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se estima la demanda en la que el ex esposo reclama a la ex esposa las pensiones compensatorias abonadas desde que aquélla contrajo matrimonio con un tercero, siendo procedente la condena en costas a pesar de que, interpuesto el procedimiento, se consignase por la demandada la cantidad reclamada.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Pilar Manzana Laguarda

La sentencia de divorcio entre las partes de fecha 28 de noviembre de 2000 mantuvo la pensión compensatoria establecida en su día en la sentencia de separación. En fecha 25 de enero de 2003 la demanda en el presente pleito contrajo matrimonio con tercera persona, y ello no obstante ser una causa de extinción de la pensión compensatoria siguió percibiendo la misma. El actor hubo de solicitar en pleito de modificación de medidas la extinción de dicha pensión compensatoria lo que fue estimado por Sentencia de fecha 16 de enero de 2004 dotando a la extinción efectos retroactivos desde la fecha de celebración del matrimonio. En el presente pleito, el actor solicita mediante demanda fechada en junio de 2004 la devolución de las cantidades abonadas indebidamente a la actora en concepto de principal, intereses y costas relativas al período que va desde el 25 de enero de 2003 hasta el mes

de julio de 2003. Admitida a trámite la demanda se cita a las partes al correspondiente juicio, que iba a tener lugar el 16 de septiembre de 2004; siendo citada en fecha 12 de julio de 2004, procediendo a consignar en la cuenta del Juzgado –folios 77 y 78– la cantidad reclamada como principal así como lo que calculó para intereses y costas en fecha 23 de julio acompañando escrito en el que ponía de manifiesto al Juzgado la terminación extra procesal del proceso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la LEC. Opuesto el actor a dicha terminación se convocó a las partes a una comparecencia, tras la cual se dictó sentencia objeto de revisión en esta alzada.

Como modo de terminación del proceso se incluye en el artículo 22 de la LEC la satisfacción extra procesal o carencia sobrevenida de objeto, consistiendo la primera en conferir efectos inmediatos de terminación del proceso a una realidad extra procesal determinante de pérdida de interés legítimo en obtener la tutela judicial pedida, porque extra procesalmente se ha producido la satisfacción de la situación jurídica cuya lesión o puesta en peligro dio lugar a la interposición de la demanda. Se exige que ambas partes pongan de manifiesto esa satisfacción extra procesal o que la parte que no hubiera manifestado esa satisfacción exprese si acepta o se opone a que se dé por terminado el proceso por la causa apuntada. Expresada esa oposición por la parte actora mediante escrito considera que se trata de un allanamiento, y tras la comparecencia celebrada en fecha 19 de septiembre a cuya celebración ninguna parte se opuso, así como tampoco a la delimitación que el Juez hizo de lo que constituía el objeto del debate, reducido a la consideración de satisfacción extra procesal o de allanamiento de la consignación de principal e intereses realizado por la parte demandada, se resolvió mediante sentencia en la que se imponían las costas de la instancia a la parte demandada.

La Sala considera que en el presente caso no existe ni satisfacción extra procesal porque ha tenido lugar a través del proceso –en la cuenta de consignaciones del Juzgado– y ha sido una acto unilateral de la parte sin conocimiento de la contraria mediante consignación del importe reclamado, ni se trata de un allanamiento porque no existe reconocimiento expreso de los hechos aducidos por la parte actora, ni conformidad con la pretensión procesal interpuesta por el actor reconociendo que debe ser estimada, en consecuencia el tratamiento que ha de darse a esa consignación lo es el de un hecho concluyente de la parte en virtud del cual tácitamente está reconociendo que la reclamación de adverso es procedente fáctica y jurídicamente.

Y en efecto, la única cuestión que puede quedar en resolver es la procedencia o no de la condena en costas a la parte. El tratamiento en orden a la imposición de las costas a resolver en el auto acordando la continuación del proceso en caso de seguirse los trámites de la satisfacción extra procesal –artículo 22.1 y 22.2 de la LEC– o en la sentencia en el caso de allanamiento –395 de la LEC– si bien tienen distinto tratamiento en cuanto a la regla general –en el primer caso del vencimiento en el segundo caso la no imposición– confluyen en cuanto se hace uso de la excepción a la regla general que lo constituye la existencia de mala fe.

Y a este respecto la Sala considera que ha existido una previa reclamación judicial de la devolución de las cantidades abonadas de más a la contraparte que lo constituyó el pleito de modificación de medidas, por lo que no puede considerarse que la reclamación judicial es sorpresiva para la demandada, pero además ésta procesalmente quiere enmascarar de satisfacción extra procesal con los sucesivos trámites que la misma conlleva, primero la convocatoria de las partes a resolver mediante auto la continuación del proceso por existir controversia, después el propio pleito de decisión de si procede la reclamación, lo que en realidad es un reconocimiento de la causa de pedir del actor, y si lo que se pretendía era evitar la imposición de las costas, ello le habría resultado mucho más prosperable si tras la citación de forma inmediata hubiera puesto en conocimiento del Juzgado el reconocimiento de hechos y derecho y el pago completo de la reclamación instando la no imposición de las costas mediante la oportuna justificación de su no procedencia, porque la consideración del allanamiento sin costas tiene como fundamento el evitar los gastos de un innecesario proceso de reclamación, y no duplicar éstos a través de una muy forzada interpretación de los preceptos en que se fundamenta su posición.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No procede atribuir efectos retroactivos a la pensión alimenticia fijada en un procedimiento de divorcio.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

Postula el apelante la necesidad de otorgar efectos retroactivos a la pensión de alimentos establecida con cargo a la madre a favor de la hija menor del matrimonio, y la consiguiente extinción de la que venía abonando el padre, fijando aquéllos desde el momento de la interposición de la demanda de divorcio

Sin embargo, en el actual litigio se ha venido a constatar una nueva situación de guarda de la menor en contra de lo que en su día dispuso la sentencia de separación, donde aquélla fue confiada a la madre. Por tanto, los efectos de la resolución judicial que estableció la misma no pueden retrotraerse al momento de la presentación de la demanda de divorcio, toda vez que no nos hallamos ante el supuesto contemplado en el artículo 148 del Código Civil, sino en presencia de una sentencia definitiva con efectividad a partir de ese instante según se colige de lo dispuesto en el artículo 774. 4 y 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares (Sentencias de 21 de octubre de 1993, 7 de noviembre de 1995, 16 de septiembre de 1996, 9 de julio de 1997, 5 de octubre de 2000 y 11 de abril de 2001), sancionando la naturaleza constitutiva del fallo que decreta el reconocimiento de la nueva medida económica y su correspondiente eficacia a partir de ese momento.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Procedencia de la devolución de las cantidades que la esposa percibió de más en concepto de pensión compensatoria al haber retenido la empresa el porcentaje acordado sobre el salario bruto y no sobre el neto, sin que proceda apreciar mala fe en la ejecutada.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, AUTO DE 28 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Lourdes Arranz Freijo

La parte ejecutante en la instancia, hoy apelante, solicitaba el reintegro de las cantidades que le habían sido retenidas en exceso, para el pago de la pensión compensatoria aprobada en sentencia de separación.

La retención en exceso, había venido motivada, porque si bien en el convenio, aprobado en sentencia, se fijaba la pensión compensatoria en un porcentaje sobre los ingresos netos, en ejecución de dicha resolución, se le retuvo por el INSS, el porcentaje pactado, pero sobre los ingresos brutos.

La resolución, de la instancia, estimando que nos encontrábamos ante un pago de lo indebido, rechazó la pretensión de la parte ejecutante, al considerar que no existía error en el pago, pues conocía su cuantía, no existiendo tampoco mala fe, en la preceptora de la pensión.

El recurso de apelación se articula en base a dos motivos.

El primero de ellos se funda en la existencia de una errónea valoración de la prueba, alegando que en contra de lo concluido en el auto dictado, el recurrente no conocía y por tanto no pudo consentir, que la retención errónea se debía a que en el oficio librado para practicar la retención no se especificaba, si se debía efectuar sobre ingresos, netos o brutos, alegando así mismo que la perceptora de la pensión, no era ajena al libramiento del oficio en los términos en los que se hizo.

Se viene a sostener en definitiva, la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos necesarios, para el éxito de la reclamación efectuada, pues concurrirían todos los necesarios establecidos en el artículo 1895 del CC.

Se hace por tanto necesario, recordar que según una reiterada doctrina, *v.g.*, las SSTS de 21 de noviembre de 1957 y 30 de enero de 1986, son requisitos para que pueda ejercitarse la acción de repetición de lo indebido:

1) pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda (*animo solvendi*) o en general de cumplir un deber jurídico;

2) inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente (*ex persona*), cuando existiendo el vínculo, relacione a personas distintas de la que da y recibe el pago, u objetivamente (*ex re*), cuando falta la relación de obligaciones entre *solvens y accipiens* bien porque jamás haya existido la obligación («cosa que nunca se debió», según expresa el artículo 1901), porque aún no haya llegado a constituirse (obligación sujeta a una condición que todavía no se ha cumplido), porque, habiendo existido la deuda, esté pagada o extinguida «cosa que ya estaba pagada», como dice el mismo artículo 1901), o porque se haya entregado mayor cantidad de la debida; y

3) error por parte del que hizo el pago, habiendo declarado la jurisprudencia que el artículo 1895 no distingue entre el error de derecho y el error de hecho.

Pues bien, aplicando dicha doctrina al supuesto de autos entendemos que concurren todos y cada uno de los presupuestos enunciados.

Existe pago, cuestión pacífica y admitida por las partes.

El pago efectuado, no responde a la obligación existente, entre las partes, pues es también hecho no controvertido y admitido que el pago que se ha realizado es superior al que se pactó en convenio regulador aprobado en sentencia, en el que se especificaba claramente que el porcentaje que constituía la pensión compensatoria, lo era sobre los ingresos netos, y no brutos.

Y finalmente existe error en el pago, error que tratándose de entrega de cantidad mayor de la debida, se debe presumir que existió, conforme lo dispuesto en el artículo 1901 del CC, sin que el resultado de la prueba practicada haya puesto de manifiesto un ánimo de liberalidad, pues no se ha probado que, una vez conocido el error en el oficio de la retención, se consintiera en continuar efectuando un pago que no le correspondía.

No hay que olvidar, que el recurrente estaba pagando la pensión en cumplimiento de una orden dictada en un proceso judicial, en el que no estaba personado, y por ello, no podía saber el contenido de las actuaciones que en ese procedimiento se llevaban a cabo.

Cuando el recurrente advirtió el error, se dirigió a la entidad pagadora, a fin de que se explicara el motivo de la retención que se le estaba practicando, comunicándole dicha entidad que la retención se debía practicar sobre los ingresos brutos.

A pesar de ello y, y como la respuesta no le pareció convincente, continuó sus gestiones, hasta que finalmente se le comunicó, en junio de 2003, que la retención se practicaba sobre los ingresos brutos a falta de indicaciones específicas en el oficio del Juzgado, sobre si la retención se debía efectuar sobre ingresos brutos o netos.

Por tanto hasta ese momento el recurrente, no podía saber que el motivo de la retención incorrecta estaba motivada, por los términos del oficio del Juzgado, y sólo en ese momento podía interesar la modificación de los términos del oficio, pues hasta entonces ningún sentido tenía el acudir al Juzgado, pues en las actuaciones judiciales nada debía de constar sobre la forma en que se estaba efectuando la retención, dado que en el oficio nada se indicaba.

En definitiva, estimamos que la actuación del recurrente en ningún modo, supone un consentimiento, en que se le siguiera practicando una retención mayor que la que debía, pues hizo todas las gestiones necesarias para aclarar los términos de su retención, y cuando conoció dónde estaba el error, no lo consistió y se dirigió al Juzgado.

Por tanto, la resolución de la instancia debe ser revocada y la perceptora de la pensión debe reintegrar lo indebidamente percibido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1895 del CC.

Llegados a este punto, se debe examinar la conducta de la perceptora de la pensión para fijar los términos de la devolución, y sus consecuencias, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1896 y 1897 del CC, compartiendo en este punto la Sala, el criterio del juzgador de la instancia de inexistencia de mala fe, en la perceptora de la pensión, pues la buena fe se presume y el hecho de que en los oficios solicitando la retención no se especificara que la retención se debía efectuar sobre los ingresos netos, no se estima suficiente para destruir dicha presunción, pues finalmente el responsable del libramiento del oficio y de sus términos lo era el Juzgado, a quien le constaban todos los datos, y no la perceptora de la pensión.

Por tanto, la devolución de lo percibido deberá hacerse en los términos de lo dispuesto en el artículo 1897 del CC, no siendo de aplicación los intereses previstos en el artículo 1896 CC si bien es cierto que tampoco, la ejecutante lo pide expresamente.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Estimación de la oposición a la ejecución en la que se reclamaba cierta cantidad en concepto de gastos extraordinarios dado que nada se estableció al respecto en la sentencia de separación objeto de la ejecución.

AP BALEARES, SEC. 3.ª, AUTO DE 4 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Gómez Martínez

Con fecha 25 de enero de 2002 el Juez de Primera Instancia núm. 3 de Inca dictó sentencia en proceso matrimonial en cuya parte dispositiva se declara la separación de los cónyuges y, además, se otorga la guarda y custodia de los hijos a la madre a quien se atribuye el uso de la vivienda familiar, se fija una pensión alimenticia de 40.000 pesetas mensuales y se establece un complejo régimen de visitas, con asistencia a los servicios del Centro de Mediación Familiar del Govern Balear.

El 4 de junio de 2003 doña Filomena presentó escrito en el que solicitaba la ejecución de la sentencia matrimonial en lo concerniente al cumplimiento, por parte de don Marcos, de su obligación de pagar la pensión alimenticia alguna de cuyas mensualidades había dejado de abonar, a la actualización de dicha pensión por aplicación del IPC, y a los gastos extraordinarios respecto de los cuales la Sra. Filomena solicita que se condenase al Sr. Marcos a satisfacer la mitad.

A dicha petición accedió la Juez de Primera Instancia mediante Auto de 16 de julio de 2003 en el que, además, se acordó el embargo de bienes del ejecutado para la efectividad de lo acordado.

Frente a dicho auto la parte ejecutada formuló oposición en la que adujo que una de las mensualidades reclamadas, en concreto la correspondiente a abril de 2003, había sido ya satisfecha y, además, que nada se establecía en la sentencia sobre gastos extraordinarios por lo que no podía ser obligada a su pago en este proceso de ejecución de dicho título judicial.

El auto recurrido desestima la oposición y frente a dicha resolución el ejecutado reitera su alegación referida a la improcedencia de que se le condene al abono de una cantidad en concepto de «gastos extraordinarios» dado que nada se estableció al respecto en la sentencia de separación objeto de la ejecución.

Corresponde al órgano judicial competente deducir las exigencias que impone la ejecución de las sentencias en sus propios términos, interpretando, en caso de duda, cuáles deben ser éstos y actuando en consecuencia. Ahora bien, con ocasión de los incidentes de ejecución no es posible resolver cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarde una inmediata o directa relación, pues, de otro modo, no sólo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución, sino que podría resultar menoscabado, asimismo el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes procesales o de terceros.

Es cierto que el juez de la ejecución ha de apurar siempre, en virtud del principio *pro actione*, del de economía procesal y, en definitiva, de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi*, pero ello no supone que se puedan ampliar en fase de ejecución de sentencia los términos del debate o hacerse otras pretensiones distintas ampliando indebidamente el contenido de la ejecución de sentencia.

En el caso de autos nada se dice en la sentencia ejecutada sobre los gastos extraordinarios, por lo que nada puede acordarse sobre este extremo en trámite de ejecución puesto que a ello se opone el principio de respeto a la intangibilidad del fallo que ha adquirido ejecutoriedad.

En consecuencia procede modificar el auto recurrido en el referido extremo sustrayendo de su parte dispositiva el pronunciamiento correspondiente a los gastos extraordinarios. Así, despachándose ejecución por 4.073,29 euros y siendo el importe de la mitad de los gastos extraordinarios de 1.554,36 euros, deberá limitarse el presente proceso ejecutivo a hacer efectivo el cobro de 2.518,69 euros.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No ha lugar a acceder a la pretensión que el actor ejercita en el divorcio en cuanto a que la esposa le devuelva el importe de las cantidades pagadas en concepto de pensión compensatoria al constar que convive con otro hombre, al no existir prueba mínimamente concluyente del inicio de dicha relación, siendo significativo que conociendo dicha relación el actor no interpusiese en su momento demanda de modificación de medidas.

AP GIRONA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Miguel Fernández Font

En su cuarto motivo de recurso el Sr. Marco Antonio solicita que se le devuelva la suma que ha estado abonando durante dos años en concepto de pensión compensatoria, tal y como se pactó en el convenio regulador de la separación, por convivencia marital de su entonces esposa con otro hombre, desde el mismo instante en que empezó a abonarla.

De los términos del indicado convenio resulta que se pactó el pago íntegro de las cuotas del préstamo con garantía hipotecaria sobre la que fuera vivienda conyugal recibido por el apelante y su esposa a cargo del primero, en concepto de pensión compensatoria, desde junio de 2001 hasta mayo de 2003, ambos incluidos.

La prueba testifical de un detective privado, que presentó el correspondiente informe de seguimiento, revela que éste se realizó a finales de mayo de 2003. Es decir, cuando la totalidad de las prestaciones ya se habrían devengado. No existe prueba alguna mínimamente concluyente que permita aseverar cuándo se inició la proclamada convivencia marital de la esposa con otro hombre que determinaría, al amparo del artículo 86.1.b) del CF, la extinción del derecho a la percepción de la indicada pensión. En este sentido, en una Sentencia de juicio de faltas dictada el 17 de septiembre de 2003 juzgando unos hechos acaecidos el 9 de agosto de ese año, se hace una referencia a la pareja de la Sra. Dolores, pero ningún dato de la misma permite acreditar cuándo pudo iniciarse dicha convivencia. Por otro lado, no deja de sorprender que en el caso de que el apelante tuviese el convencimiento y la suficiente acreditación de que su esposa convivía maritalmente con otro hombre durante el período que estaba obligado a abonar la pensión compensatoria, no promoviera el correspondiente proceso de modificación de medidas para instar la supresión de su obligación.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Carácter ganancial de las acciones de una sociedad mercantil constituida a los pocos meses de producirse el cese de convivencia entre los cónyuges.

AP LAS PALMAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Víctor Manuel Martín Calvo

En lo que respecta al carácter ganancial de los bienes inventariados esta Sala comparte la fundamentación de la sentencia apelada cuyos razonamientos se dan por reproducidos a fin de evitar inútiles reiteraciones. Simplemente cabe insistir en que ambas sociedades «Anfi Beach» y «Elsafe» fueron constituidas constante el matrimonio entrando en aplicación el artículo 1361 del Código Civil sin que prueba alguna haya acreditado que la suscripción de acciones en metálico (folio 250 de las actuaciones) de la entidad «Elsafe» fuera efectuada con dinero privativo del apelado por más que éste hubiera rea-

lizado gestiones previas tendentes a la constitución de la sociedad y a gestionar su posterior objeto social. Por su parte, la sociedad «Anfi Beach» fue constituida efectivamente el 13 de noviembre de 1992 a los pocos meses del cese efectivo de la convivencia conyugal y si bien esta Sala no desconoce la doctrina jurisprudencial que entiende que «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales y que rota la convivencia conyugal, no cabe que se reclamen, por un cónyuge, derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos» [SSTS de 23 de diciembre de 1992, 13 de junio de 1986, 26 de noviembre de 1987 y 17 de junio de 1988], no es menos cierto que en modo alguno se ha acreditado que la suscripción de las acciones lo fuera con patrimonio proveniente del trabajo o industria realizados por el apelante con posterioridad a tal cese efectivo de convivencia y no, como ha de presumirse, con patrimonio ganancial. En suma, no existe abuso de derecho cuando se reclaman las adquisiciones efectuadas con patrimonio ganancial y los rendimientos que tales adquisiciones generan.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Responsabilidad de los bienes gananciales por la deuda contraída por uno de los cónyuges en su calidad de administrador de una sociedad mercantil por incumplimiento de sus obligaciones.

AP SALAMANCA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ildefonso García del Pozo

Sobre la afección de la vivienda conyugal, propiedad de los demandados don Baltasar y doña Daniel, al cumplimiento de la responsabilidad del primero como administrador.

Tal vinculación deviene de lo prevenido en los artículos 1317, 1367, 1401 y 1402 del Código Civil, según los cuales la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros; 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; y los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la partición y liquidación de la herencia (artículos 1082 a 1084). Por lo que, si las capitulaciones matrimoniales otorgadas entre tales demandados tuvieron lugar en fecha 26 de julio de 2001, en las que se adjudicó a la demandada doña Daniel la referida vivienda conyugal, cuando ya la sociedad de la que era administrador el demandado don Baltasar era deudora frente a la sociedad demandante, aquel bien ha de quedar afecto a la responsabilidad solidaria de ése en el pago de tal deuda por incumplimiento de sus obligaciones de administrador de tal sociedad, cuando además la condición de tal era perfectamente conocida por el otro cónyuge, hasta el punto de que también es socio de la referida sociedad.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No cabe duda de que la vivienda es ganancial –*ex* artículo 1361 del CC–, siendo insuficiente para destruir dicha presunción la presentación de una escritura de aceptación de herencia, en la que se declaró por la heredera que el bien era privativo.

AP GIRONA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Ferrero Hidalgo

En el primer motivo del recurso se insiste por la heredera, doña Amparo, que el único bien que integra la herencia de don Carlos era la mitad de la vivienda que fue conyugal, sita en la Rda. [...], nº NÚMooo, NÚMoo1, NÚMoo1 de Girona, dado que era un bien ganancial, a pesar de que registralmente y en la escritura de aceptación de herencia se haga constar que es privativo del causante.

La sentencia tras argumentar que dicho inmueble fue adquirido constante matrimonio por el Sr. Carlos, por lo que regiría la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 con relación al artículo 1347.3.º del Código Civil, acaba concluyendo que, al ser un presunción *iuris tamtum*, cabe prueba en contrario, por lo que atendiendo a que la heredera declara en la escritura de aceptación de herencia que el bien es privativo, concluye que ello es así, no pudiendo la demandada ir ahora en contra de sus actos, solicitando que se declare que el bien es ganancial. A la vista de ello, el recurso debe resolverse atendiendo a tales premisas, no siendo dable entrar a analizar algunas de las consideraciones realizadas por la recurrente, dado que ni han sido objeto del pleito, ni tampoco resueltas en la sentencia.

A la vista de los preceptos citados, no cabe duda que debe partirse de que el bien citado es ganancial, en virtud de la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 del Código civil, debiendo la heredera, en el presente caso, que es la que defiende el carácter privativo del bien, probar que fue adquirido a costa del Sr. Carlos o en sustitución de bienes privativos, a los efectos del artículo 1346.3.º del Código Civil. El único elemento probatorio en el que se basó la demandante y que acoge la sentencia es la escritura de aceptación de herencia, en la que se declaró por la heredera que el bien era privativo.

Como ya recoge la sentencia recurrida el principio que veda ir contra los propios actos se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica, es decir, han de ser actos vinculantes, causantes de estado y definidores de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos sino revestidos de solemnidad (STS de 25 de octubre de 2000). La razón de tal principio se encuentra en que no es dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, pero para ello es necesario que nos encontremos con comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; y esta doctrina no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tiene carácter ambiguo o inconcreto (SSTS de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico.

En el presente caso nos encontramos que la actora es legitimaria, por su condición de hija del causante, igual parentesco que guarda con la heredera, por lo que es procedente presumir que conocía el origen de sus padres y el lugar donde contrajeron matrimonio, por lo que tenía que saber que el régimen económico matrimonial era el de gananciales y, por ende, que la adquisición del bien se había adquirido para la sociedad de gananciales. Por lo tanto, la actora no es un mero tercero que accede al Registro de la Propiedad y comprueba que el bien sobre el cual pretende realizar alguna operación jurídica consta a nombre exclusivamente del Sr. Carlos, sino que es la hija del mismo y de la heredera.

El acto que se atribuye a la Sra. Carmela es el otorgamiento de la escritura pública de manifestación y aceptación de herencia, cuya trascendencia jurídica no es otra que adquirir los bienes del causante, por lo que a los efectos de la doctrina que estamos estudiando, no cabe duda que el acto inequívoco es el de aceptar la herencia y convertirse en heredera, por lo que sí sería ir en contra de sus

actos si ahora negara tal condición. Sin embargo, no es tan claro que tal acto tenga como finalidad la de declarar la condición de bien privativo o de bien ganancial de los bienes que hereda. Cierto es que antes de aceptar la herencia, debe manifestar el heredero cuáles son los bienes de la herencia, a los efectos posteriores de la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad, pero el hecho, por ejemplo, de que omita algunos, no quiere decir que no sea heredero de los mismos, lo mismo que tampoco tendría relevancia el hecho de incurriera en errores en su descripción. Por lo tanto, cuando manifiesta que el bien objeto de la herencia es un bien privativo del causante, no necesariamente está definiendo, fijando o esclareciendo sin duda alguna una situación jurídica que le afecta, pues no debe olvidarse, por un lado, que el bien, constaba a nombre exclusivo del causante, por lo que, a los efectos de poder declarar que era un bien ganancial y por lo tanto la mitad era suya, heredando sólo la mitad, debía ejercitar las acciones correspondientes encaminadas a modificar tal realidad, por lo menos la registral, pues en caso contrario no hubiera accedido al Registro de la Propiedad la escritura de aceptación de herencia y, por otro lado, que se declarase que era bien privativo o bien ganancial, para ella tampoco tenía especial trascendencia, pues en ambos caso pasaba a ser titular única del bien, pudiendo tener únicamente relevancia a efectos fiscales y según argumenta tampoco los produjo por el carácter de vivienda habitual que tenía dicho bien. Por lo tanto, la manifestación de la heredera en la escritura de manifestación y aceptación de herencia de que el bien objeto de la herencia era privativo del causante, no puede dársele la significación de que se trata de un acto de la suficiente trascendencia jurídica en relación a fijar el carácter jurídico del bien, como para que ahora no pueda defender que se trataba de un bien ganancial a los efectos de computar la legítima. Distinto sería si en tal acto hubieran comparecido todos los legitimarios y hubiera fijado el importe de la legítima atendiendo al carácter privativo del bien y por lo tanto incluyendo todo su valor, en cuyo caso, sí que sería ir en contra de sus actos si con posterioridad se pretendiese de los legitimarios la devolución de parte de la legítima pagada argumentando que el bien no era privativo del causante, sino que era ganancial.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No habiéndose señalado plazo para oposición en la providencia que daba traslado a las partes de las operaciones divisorias realizadas por el contador partidor, procede admitir a trámite el escrito que se presentó trascurridos los 10 días que se establecen en el artículo 787.1 de la LEC.

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, AUTO DE 4 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Roque Villamor Montoro

El objeto del recurso se ciñe a la interpretación que se haya de dar al artículo 787.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto al traslado que da a las partes del contenido del informe del perito para alegaciones, y, en concreto, si ha de indicarse el plazo en la resolución que dicho trámite acuerde, o es suficiente la indicación contenida en la providencia de 30 de septiembre de 2004 en cuanto que, tras consignar la aportación de los informes por el perito, añade «dándole traslado de una y otros a las partes a los legalmente establecidos». La parte ahora apelante presentó escrito formulando oposición, con fecha 26 de octubre de 2004, transcurrido el plazo de diez días que dispone el artículo 787.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dictándose resolución de fecha 27 de octubre de 2004 –al día siguiente de su presentación y del dictado del auto ahora apelado– en el que se remitió a lo ya acordado.

No cabe duda de que las partes han de respetar los plazos procesales y que éstos son conocidos o han de serlo por los profesionales, con lo que esta exigencia es aun más evidente cuando la parte se encuentra asistida por aquéllos. Ahora bien, la resolución del caso presente requiere, ateniéndose al terreno estrictamente jurídico, que se parta del texto del precepto, en la parte que aquí interesa, que establece el plazo que se entendió precluido, y éste dice que: «De las operaciones divisorias se

dará traslado a las partes, emplazándolas por diez días para que formulen oposición». La tesis de la parte recurrente es que debió de concretarse el plazo que se concedía y para qué. Aquí se ha de reiterar lo ya dicho sobre el conocimiento de los profesionales de los trámites y los plazos, y la regla general de que nadie puede hablar de indefensión cuando la situación en la que se ve la parte es derivada de la actuación de ella misma o de quienes por ella actúan. Ahora bien, las conclusiones que se pueden sacar de esa situación, requieren que en modo alguno en esa situación haya incidido el proceder del órgano judicial, pues si esto es así, siempre ha de predominar el interés del justiciable. Se podrá decir que la parte una vez que aportó escrito de oposición, aunque de forma extemporánea, conocía el trámite que se abría, pero, lo que también es evidente, es que es el órgano judicial el que ha de concederlo y ello de forma terminante, tal y como se desprende del tenor del precepto antes transcrito cuando habla de que, una vez dado el traslado, se las ha de emplazar para que formulen oposición en el término de diez días, esto es, es el Tribunal el que ha de indicar expresamente a las partes el trámite y el plazo del que disponen. Nótese que el precepto no establece a diferencia de otros casos (por ejemplo, artículo 407), que las partes podrán presentar escrito de alegaciones en el plazo de un número determinado de días, una vez aportado un anterior escrito –aquí el informe–. Esto no lo hace la resolución del 30 de septiembre de 2004, y debió de hacerlo, pues al margen de donde alcance el conocimiento del profesional que intervenga, también lo es que los diferentes trámites de un procedimiento, dependen de que exista resolución judicial que los conceda. Estas exigencias no se dan en la resolución dictada, y, por ende, no puede tenerse por precluida la posibilidad de formular oposición a las operaciones divisorias, que se vinieron a aprobar en la resolución apelada, con lo que se viene a decir que el recurso ha de ser estimado con revocación de la misma sin especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No procede incluir en el inventario, como deuda ganancial, el saldo deudor de la póliza de crédito, puesto que no se acredita que fuera suscrita antes de la separación de hecho, ni que fuera destinada a fines de la sociedad de gananciales.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

Recurre la sentencia de instancia el demandado exclusivamente por interesar la inclusión en el inventario como deuda ganancial el saldo deudor de la póliza de crédito de la entidad Ruralcaja. Acerca de ello debe decirse que necesariamente ha de desestimarse el recurso de apelación y confirmar íntegramente la sentencia de instancia habida cuenta de los razonamientos contenidos en la misma así como de la prueba practicada; en efecto, el demandado pretende tal inclusión pero 1º no aporta la citada póliza de préstamo, 2.º al parecer se suscribió el día 18 de diciembre de 2002 según narra el propio recurrente al folio 24, 3.º fue cancelada el día 28 de noviembre de 2003 según dice también el recurrente al folio 24 y certifica Ruralcaja al folio 27 de los autos, 4.º los esposos se casaron el día 10 de abril de 1977 y se separaron en el año 2002 como lo acredita el que los autos de separación llevan número 181/2002, dictándose la Sentencia en fecha 6 de febrero de 2003 aunque se ignora hasta cuándo vivieron juntos. Así las cosas si bien es verdad que dicha póliza se suscribió antes de dictarse la sentencia de separación, no lo es menos que 1.º no ha acreditado el ahora recurrente que se suscribiese antes de la separación de hecho –lo que podría haber realizado aportando la póliza– aunque es circunstancia harto difícil habida cuenta de las fechas antes dichas, 2.º tampoco ha acreditado que tal suma la destinase a fines de la sociedad conyugal y no a usos propios y 3.º resulta sintomático que esta póliza, a diferencia de otras anteriores, sólo fuese pedida por el esposo, sin intervención ni conocimiento –pues no lo ha probado en los presentes autos– de la esposa. Todo lo anterior lleva a esta Sala a estimar que no es posible la inclusión en el inventario de la citada póliza como solicita el demandado, procediendo por ello la íntegra confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No cabe incluir en el pasivo de la sociedad los gastos propios del uso del vehículo que ostenta cada uno de los cónyuges.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

El demandado pide que se incluyan a su favor en el pasivo deudas a cargo de la sociedad; en primer lugar, las correspondientes al seguro del vehículo ganancial y la tasa de la Inspección Técnica de Vehículos; el hecho de que estos gastos deban considerarse propios del uso del vehículo, que ostenta el propio recurrente, impide la inclusión de la deuda en el pasivo de la sociedad; interesa también que se incluya en el pasivo una deuda de la sociedad por las cantidades abonadas por él del préstamo suscrito con el BBVA; sin embargo, sólo puede accederse a esta petición por los abonos hechos por el propio demandado, después de la disolución de la sociedad, producida el día 29 de diciembre de 1998 y no aquellos pagos hechos desde una cuenta de la titularidad de los dos cónyuges; por tanto, sólo podrán incluirse los pagos documentados en los folios 189 y 192 de las actuaciones, y no los demás; no puede reconocerse crédito alguno a favor del demandado por pagos hechos del préstamo suscrito con la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, pues los documentos de los folios 193 y 194 sólo prueban pagos hechos en la cuenta del padre del recurrente, y no a la entidad bancaria.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La indemnización por jubilación anticipada tiene naturaleza privativa.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María Luisa Santos Sánchez.

En cuanto a la indemnización por jubilación anticipada, como ya se adelantó, también comparte este Tribunal el criterio de la juzgadora de la instancia, de considerar que aquélla tiene naturaleza privativa, criterio que encuentra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, establecida entre otras, en las Sentencias de 22 de diciembre de 1999 –expresamente reseñada en la sentencia apelada– y de 29 de junio de 2000, por tratarse de una percepción que el trabajador recibe por el cese anticipado de su actividad laboral y no por un trabajo o servicio prestado con anterioridad, sin que, de otro lado, quepa obviar los efectos que, por ministerio de la ley, se producen una vez admitida la demanda de separación, recogidos en el artículo 102 números 1.º a 3.º, así como el hecho probado de que la señalada indemnización se recibió una vez hubo recaído sentencia de separación en primera instancia, separación que en este extremo fue confirmada en la segunda, siendo asimismo de aplicación al presente caso la reiterada doctrina jurisprudencial que, mitigando el rigor literal del número 3 del artículo 1392 del Código Civil para adaptarlo a la realidad social y al principio de la buena fe, considera que, una vez rota la convivencia conyugal, desaparece el fundamento de la sociedad de gananciales, y que esa ruptura implica la imposibilidad de que un cónyuge reclame derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó (entre otras, en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, 26 de noviembre de 1987, 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992, 18 de noviembre de 1997, 27 de enero de 1998 y 26 de abril de 2000 –que también cita las de 24 de abril de 1999–).

REGÍMENES ECONÓMICOS

Procede declarar que el terreno adherido a la edificación tiene carácter ganancial en virtud de la accesión invertida, incluyendo en el pasivo el valor del terreno invadido a abonar a quienes acrediten ser los herederos de los propietarios del suelo.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana

Debe señalarse como cuestión previa que el procedimiento de inclusión y exclusión de bienes inventariados autoriza cualquier reivindicación sobre bienes concretos que pudieran hacer los interesados, incluida la que resulta del artículo 361 del Código Civil (Sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 2002). Siendo así la inclusión de la casa y exclusión de la parte perteneciente a los herederos de doña María Rosa no resulta de la donación, sino de la accesión que se alega, por más que esta autorización que la madre del causante dio a su hijo y nuera hijo para edificar sobre su propiedad, pudiera haber configurado un posible derecho de superficie, de darse los supuestos exigidos para ello, con el efecto de excluir las normas sobre accesión, pues es el caso que la invocación de tales normas, que el recurrente entiende de aplicación, parecen excluir la existencia de esa suerte de relaciones jurídicas o negocios entre el matrimonio que edificó en la superficie ajena y el dueño de la misma y que es lo que a la postre propició la construcción. Siendo así la invasión del suelo ajeno no solamente se produce por traspasar los linderos del terreno por medio de una construcción que le afecta al igual que el subsuelo, sino también y con igual fuerza al erigirse una construcción que invade el vuelo (STS de 10 de diciembre de 1980) y por lo mismo una edificación en ruinas. Y es el caso que la vivienda litigiosa es una vivienda completamente nueva después de las obras realizadas en suelo propio del matrimonio, con invasión del ajeno, fueran éstas de reconstrucción o de rehabilitación, pues en ambos casos vinieron a configurar un «edificio», según la definición que del mismo da el Diccionario de la Real Academia («obra o fábrica construida para habitación o usos análogos»), como se deduce de la STS de 14 de octubre de 2002; edificio que sirvió para albergar a ambos cónyuges y no para procurar una reforma de su casa y de la de los herederos de doña María Rosa, que a través de las obras se incorporó a la suya, manteniendo la unidad. Se está, por tanto, en el caso de determinar quién es el dueño único de la casa resultante a partir de los requisitos que conforman la accesión teniendo en cuenta que la construcción invadió la finca colindante; que se hizo de buena fe bien por el matrimonio aunque conocieran que el terreno no era de su propiedad y quien era el propietario del mismo, bien porque actuaron inducidos por uno de los herederos de la propiedad o porque en buena lógica hay que suponer que los demás condueños dieron su autorización a una obra que conocieron, o bien porque no es posible transformar la realidad jurídica de las cosas trayendo a colación una conducta que se dice contraria a estas exigencias en función de unos hechos posteriores derivados de la ruptura matrimonial o de las discrepancias existentes entre suegra y nuera. Finalmente lo edificado y lo ocupado constituyen una unidad inseparable que no consiente establecer una copropiedad sino acudir al efecto propio de la accesión en el sentido de que lo accesorio cede a lo principal para atribuir esta calidad al edificio construido; solución que permite mantener la pretensión de la parte recurrente en el sentido de que el terreno se configura en la práctica formando un todo con la edificación y al servicio de ésta lo que determina que toda la finca es ganancial de ambos cónyuges, por efecto de la accesión invertida; razón por la que procederá que en la liquidación de dicha sociedad se incluya en el activo la totalidad de la casa por su valor, contabilizando en el pasivo el valor del terreno invadido a abonar a quienes acrediten ser los herederos de doña María Rosa; solución que se impone no sólo por lo dicho sino por una fundamental razón de equidad puesto que si se facilita al matrimonio construir su vivienda como un todo sobre un terreno suyo, tuvieron en su voluntad los colindantes, no tanto la renuncia al valor de su propio terreno, cuanto la renuncia de su propiedad y el derecho sobre lo edificado, de tal forma que si se entendiera de otro modo habría que calificar esta conducta de mala fe.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Carácter privativo de la parte indivisa de una finca adquirida por la esposa con dinero ganancial al haberse ejercido por aquélla un derecho de adquisición preferente al tratarse el inmueble de un bien hereditario del que ya poseía una parte y que era indivisible.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María Nuria Zamora Pérez

Examinadas las circunstancias concurrentes en el caso de autos, y muy en especial las que determinan que la Sra. Rosa devenga titular dominical del inmueble, el tribunal llega a la misma conclusión jurídica que la juez de instancia.

El piso reseñado fue propiedad de don Juan María, padre de la apelada, y que falleció el 19 de septiembre de 1993. A su fallecimiento quedan como herederas su viuda y dos hijas, la actora y una hermana. En fecha ocho de noviembre de mil novecientos noventa y nueve las herederas proceden a la aceptación y partición de la herencia. El único bien que integraba el caudal hereditario era el mencionado piso, del que un tercio es propiedad de la actora por su condición de heredera. Tercio respecto del cual no se plantean dudas acerca del carácter privativo. Se trata de un bien adquirido constante matrimonio a título gratuito, en consecuencia nos hallamos ante el supuesto previsto en el núm. 2 del artículo 1346.

Como quiera que el reseñado inmueble es de carácter indivisible, la partición de la herencia pasa por la adjudicación del inmueble a uno de los herederos quien a su vez deberá liquidar la cuota hereditaria correspondiente a los otros dos herederos. Es doña Rosa quien se queda con el inmueble, y quien paga tres millones de pesetas a cada una de las coherederas, dinero que sale de la Sociedad de Gananciales existente con el apelante.

El origen de ese dinero no es el determinante de la naturaleza ganancial del bien. Hemos de recordar que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse ante situaciones análogas a la enjuiciada y ha venido a defender el carácter privativo de determinados bienes, aun cuando la adquisición de los mismos se había llevado a cabo con bienes gananciales. Pensemos al efecto en el supuesto de adquisición de nuevas acciones de una sociedad con bienes gananciales, cuando dicha adquisición se lleva a cabo en virtud del ejercicio de derecho de suscripción preferente dimanante de otras acciones de carácter privativo. En estos supuestos se propugna el carácter privativo de las mismas, sin perjuicio del crédito que ostente la Sociedad de Gananciales frente al cónyuge titular de las mismas.

El caso de autos es un supuesto análogo. Si doña Rosa detenta la titularidad dominical de todo el inmueble lo es por su condición de coheredera de un tercio, teniendo un derecho de adquisición preferente frente a cualquier tercero. En realidad no estamos ante el supuesto de adquisición de un bien en el mercado inmobiliario, sino que dicha adquisición lo es por ser titular, con carácter privativo, de una parte del mismo, titularidad privativa que atrae el carácter privativo de todo el inmueble.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Es ajustada la indemnización de 60.000 euros a favor de la esposa por su dedicación a las tareas del hogar realizadas durante la vigencia del matrimonio sometido al régimen económico de separación de bienes.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

La primera de las cuestiones suscitadas ha de ser analizada a la luz de la doctrina emanada del antedicho artículo 1438 que, dentro del régimen matrimonial de separación de bienes en el ámbito del derecho común, dispone, en su último inciso, que el trabajo para la casa será computado como

contribución a las cargas del matrimonio y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del antedicho régimen.

Adviértase, al respecto, que el artículo 95 del referido Cuerpo legal, de aplicación a cualquiera de los regímenes económicos de la unión matrimonial, previene, con carácter general y, por ende, sin excepción alguna, que la sentencia firme acordando la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, producirá la disolución del sistema económico que entre los cónyuges venía rigiendo. No puede, por ello, quedar excluido de la referida conclusión jurídica el de separación de bienes.

Por lo cual, y contra lo que afirma la dirección letrada del Sr. Carlos Miguel, no existe obstáculo procesal de clase alguna para, en la misma sentencia que pone fin al litigio matrimonial, examinar y decidir la procedencia de la citada compensación, por más que, conforme a fundadas opiniones doctrinales y judiciales, ello pueda igualmente realizarse en la fase de liquidación del régimen económico, pero no necesaria, o exclusivamente, en la misma, dado que tal limitación entraría en abierta contradicción con el precepto objeto de estudio.

En cuanto, en el ámbito de aplicación del derecho común, el régimen matrimonial supletorio, esto es a falta de pacto diferente de las partes en capitulaciones matrimoniales, es el de la sociedad de gananciales, en tanto que, al contrario de lo que acaece en el derecho catalán, el de separación de bienes ha de ser concertado libre y expresamente, la previsión compensatoria que contempla el repetido precepto ha sido duramente criticada desde diversos sectores doctrinales, al considerar que la norma contenida en el mismo es ajena al sistema de que forma parte y al propio fundamento del mismo. Nótese que, al contrario de lo que establece el derecho civil catalán (*vid.* artículo 41 del Código de Familia), en el que tal compensación viene condicionada por una desigualdad patrimonial entre los esposos derivada del trabajo de uno de ellos para la casa o para el otro, bajo la idea de un enriquecimiento injusto, el artículo 1438 no contiene en su redacción tales connotaciones de desigualdad, habiéndose eliminado en el texto definitivo la exigencia, que recogía el Proyecto enviado al Congreso, del enriquecimiento de un cónyuge a costa del trabajo del otro para la casa.

En definitiva, la idea que sostiene el polémico precepto es la de la aportación por uno de los cónyuges de su trabajo en el hogar familiar, y que tal dedicación haya sido significativamente más relevante que la del otro esposo que, de tal forma, ha dispuesto de unas mejores, o mayores, oportunidades para su perfeccionamiento y promoción profesional, al tener cubiertas sus necesidades en el hogar por el trabajo de su compañero. Debe igualmente resaltarse que el precepto examinado no exige, en modo alguno, que la realización de las tareas del hogar constituya el exclusivo trabajo que desarrolle el posible acreedor del derecho, por lo que tal actividad se ofrece, a los fines contemplados en el mismo, perfectamente compatible con la realización de un cometido laboral remunerado fuera del hogar, lo que inclusive, y bajo determinados condicionantes, conlleva un mayor fundamento en orden al reconocimiento judicial del derecho, por la enorme exigencia de tal compatibilización, sin relevante ayuda del otro consorte, que así disfruta de unas mejores perspectivas de desarrollo profesional y, por ende, económico.

En el caso que hoy examinamos ha quedado cumplidamente acreditado que, no obstante desempeñar ambos cónyuges, ya desde antes del matrimonio, actividades laborales remuneradas, ha sido la esposa quien, con un horario más reducido y sacrificio de expectativas de mejora profesional, ha estado dedicada de modo prioritario a las tareas del hogar y cuidado de los hijos, pues no obstante tener servicio doméstico por las mañanas, en progresiva reducción de horario a medida que aquéllos se iban haciendo mayores, dedicaba toda las tardes a las antedichas funciones, incluida la ayuda a los comunes descendientes en sus tareas escolares.

Así lo han puesto de manifiesto las testigos que han declarado en esta alzada, ratificando los documentos unidos a los folios 211 y siguientes de las actuaciones, en los que, entre otros extremos, hacen constar que don Carlos Miguel, con una amplia jornada laboral, no estaba en casa en todo el día, realizando inclusive estudios universitarios por las tardes. Una de las testigos afirma igualmente que doña Edurne, de acuerdo con su marido, decidió renunciar a una posibilidad de progreso profesional mediante incorporación a una empresa privada, lo que exigía una más extensa dedicación horaria. Añade dicha testigo que ha sido la Sra. Edurne quien, en situaciones de enfermedad de sus hijos, ha tenido que ausentarse del trabajo para atenderles. Tales aseveraciones quedan igualmente contrastadas a través de documentos unidos a los folios 373 y siguientes de las actuaciones, y el oficio que, remitido por la Compañía Iberia, se ha incorporado al Rollo de la Sala, relativos a los frecuentes desplazamientos fuera de Madrid realizados por el Sr. Carlos Miguel por motivos laborales, lo que exigía, lógicamente, la permanencia constante de su esposa al frente del hogar y cuidado de sus hijos.

Cierto es que, en los últimos años, y a raíz de la crisis que ha desembocado en la ruptura de la unión nupcial, don Carlos Miguel ha añadido a la labor de preparación de comida en los días festivos que anteriormente realizaba, las de limpieza de

parte del domicilio familiar y lavado de su propia ropa, pero ello no puede hacer olvidar, a los efectos debatidos, lo ya expuesto respecto de las tareas que con anterioridad, y durante la mayor parte de la convivencia, desempeñaba de forma prácticamente exclusiva doña Edurne en el seno del hogar.

Tal situación encuentra un perfecto encaje en las previsiones del citado artículo 1438 que, en lo que concierne a la cuantía de la compensación, y a falta de expresos criterios legales, al contrario lo que acaece en el artículo 97, no puede derivarse hacia una igualación, o aproximación, de patrimonios, pues tal connotación de desequilibrio, como antes se expuso, fue expresamente eliminada en la definitiva redacción de dicho precepto. Por lo cual, y en tal ámbito del debate, no puede acogerse la pretensión de la actora, en cuyo planteamiento late la antedicha idea, por su referencia expresa a un porcentaje en el valor de la vivienda sede de la vida familiar que, aunque de titularidad privativa del esposo, fue comprada durante la convivencia de los litigantes y, según la actora, con una importante aportación económica de la misma de la que ahora, por tal cauce, pretende resarcirse.

Por el contrario, la idea fundamental que preside dicha institución jurídica, esto es la dedicación a las tareas del hogar, se erige en el principal, factor de cuantificación, sin perjuicio de ponderarse otros, cuales los ya expuestos, de pérdida de expectativas laborales y económicas.

Y con tales condicionantes, esta Sala estima que la suma de 60.000 euros que fija la sentencia de instancia es acorde a la filosofía inspiradora de tal figura, y armoniza, en un justo equilibrio, los diversos intereses puestos en juego a través de la *litis*.

Consideraciones que hacen decaer las antagónicas pretensiones revocatorias que, en tal punto, han deducido uno y otro litigante.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se confirma la resolución de la Dirección General de Atención al Menor por la que, tras la situación de desamparo, declara el acogimiento preadoptivo como la medida más adecuada para la protección del menor, ya que tras su nacimiento fue cuidado por una vecina hasta que fue ingresado en un centro residencial.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Enrique Anglada Fors

La sentencia recurrida, que desestima la oposición formulada por don Domingo y por doña Blanca contra la resolución de la Dirección General de Atención al Menor de fecha 26 de marzo de 2001, en la que se acuerda el acogimiento preadoptivo como la medida más adecuada para el menor Luis Francisco (folios 215 y 216), debe ser ratificada por sus propios y acertados razonamientos, al resultar éstos perfectamente coherentes con la situación de hecho y con la problemática jurídica planteada en el presente proceso; abundando en la tesis de la Juzgadora de Instancia y frente a los argumentos revocatorios vertidos por la parte apelante, es de remarcar, de forma somera, que en el supuesto enjuiciado, no ha existido ni error en la valoración de la prueba practicada, ni infracción de la normativa de pertinente aplicación al caso por parte de la Juez *a quo*, pues en el supuesto objeto de examen, cual concluye la misma con sumo acierto, siguiendo la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal –quien actúa en interés del menor– (folio 505 en relación con los folios 456 al 458), que el menor Luis Francisco, que fue cuidado primero por una vecina del barrio desde la fecha de su nacimiento –el día 10 de diciembre de 1999 (folio 15)– y luego ingresado en un centro residencial en fecha 7 de mayo de 2000 (folios 120, 122 y 123), declarándose seguidamente en situación legal de desamparo, debido a la imposibilidad manifiesta de ambos progenitores para cuidar adecuadamente al menor –ingresado en prisión el padre y afecta de toxicomanía habitual la madre, con padecimiento de varias patologías trascendentes– (folios 134 al 136), en cuyo centro permaneció el menor por un período de 19 meses, hasta que el día 21 de diciembre de 2001 fue entregado a la familia acogedora (folios 250 al 280), durante los cuales la familia biológica se abstuvo de asumir responsabilidad alguna respecto del menor, ni siquiera los hoy actores, quienes vienen a reconocer su posición abstencionista, tanto en el momento del internamiento de su sobrino Luis Francisco en un centro de la DGAM, como

durante su estancia en el mismo, como incluso después, pues no presentan su solicitud de oposición a la resolución acordando que la medida más idónea para el menor era el acogimiento preadoptivo hasta el día 27 de noviembre de 2002 (folios 3 al 13), tras hacer una comparecencia ante el EAIA de Horta-Guinardó, el día 3 de octubre de 2002, manifestando su deseo de recuperar a su sobrino, pese a que en su momento no se hizo petición alguna al respecto por motivos de intimidación y amenazas de sus padres (*vid.* folio 25), y ello tan sólo 10 días antes del fallecimiento de la madre biológica, acaecido el 13 de octubre de 2003 (folio 14), en cuyo escrito rector de este proceso ya manifiestan que no habían hecho nada antes, pues prefirieron respetar el criterio de la madre, creyendo que si cogían el niño con ellos se iba a enturbiar y complicar la situación que aquélla creía bien enderezada a fin de quedarse con el menor (*vid.* folio 8 *in fine* y 9 *in principio*), lo cual ha sido reiterado en el escrito de interposición del recurso, al manifestar que «su único error fue no forzar la voluntad de la madre del niño, persistente hasta el final de sus días en que ella misma solucionaría la situación» (folio 494), lo que, obviamente, de ser cierto, tenían que haber realizado si realmente querían «cuidar» y quedarse con el niño, máxime cuando la invocada postura de la madre resultaba inviable, amén de ilógica, pues no podían desconocer que con anterioridad había tenido otros dos hijos, los cuales tampoco pudo atender y eso que ella estaba en mejores condiciones físicas y de salud que cuando nació Luis Francisco, lo que evidencia claramente que los ahora apelantes no mostraron, inicialmente, interés alguno para lograr el bienestar del menor, que es precisamente cuando éste más lo precisaba.

Pero es más, tal como destaca el Ministerio Público y recoge la Juez *a quo* en la resolución impugnada, de lo actuado ha quedado debidamente acreditado que los actores conocían perfectamente que el menor fue ingresado en un centro residencial de la Entidad pública, por lo menos desde mediados del año 2001 –aunque, debido a que mantenían contacto con la madre del niño, probablemente, tuvieron conocimiento desde el mismo momento de su ingreso (aunque ahora sea negado por ellos)–, es decir, mucho antes, no obstante, de su comparecencia ante la EAIA en el mes de octubre de 2002, sin que durante este período temporal –superior a un año– formularan petición alguna, ni siquiera la de mantener visitas con el menor Luis Francisco. De otra parte, no puede ignorarse ni obviarse, además, un hecho realmente primordial y básico, como es el que el menor, prácticamente no ha visto a su familia biológica y no ha conocido a otra familia que la de acogida, con quienes se ha ido integrando perfectamente, pese a las dificultades y carencias afectivas padecidas en su primer año de existencia (fundamental para el correcto desarrollo psicoemocional de todo niño), y ahora que ya se halla en vías de conseguir una plena vinculación a unas figuras de amor estables, un nuevo cambio podría descompensarle y ocasionarle un retraso irreversible, cual concluyen en sus valoraciones los técnicos del SATAV en su informe de fecha 4 de septiembre de 2003 (folios 427 al 433).

Todo ello, pone claramente de relieve que por el órgano jurisdiccional no se ha conculcado normativa alguna concerniente a la protección de menores desamparados –en el presente caso la resolución declarando el desamparo es firme–, ni siquiera lo estatuido en el artículo 56 del Reglamento de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción de 27 de mayo de 1997, pues aunque el acogimiento en familia extensa, en principio, goce de preferencia respecto del acogimiento en familia ajena, para ello han de concurrir las circunstancias establecidas a tal efecto en el artículo 57 del mentado Reglamento; y en el supuesto aquí enjuiciado, es palmario que no se dan, pues, aparte, de la falta de interés demostrado para la consecución del bienestar del niño hasta sólo unos días antes del fallecimiento de su madre, no existe ningún vínculo afectivo entre los solicitantes y su sobrino carnal, ni tampoco ha quedado acreditado que puedan preservarlo de la agresividad y de las amenazas del padre biológico del menor –que ha sido una de las causas, según sus propias alegaciones, que en su día determinaron su «proceder» omisivo–.

Sentado lo precedente y una vez expuesta la situación personal y familiar tanto de los apelantes como del menor, la Sala quiere dejar constancia que la presente controversia, en la que asimismo se cuestiona y se impugna por parte de los mencionados tíos biológicos del niño, la bondad de la medida de acogimiento preadoptivo propuesta por la DGAIA, ciertamente entraña y significa un problema humano de gran contenido ético y moral en el que los intereses en conflicto se concretan en el deseo de aquéllos de acoger a su nieto, frente a la actitud de la Entidad Pública de mantener el actual *statu quo,* en el ámbito familiar de los acogedores, en cuyo seno el niño se encuentra desde hace más de tres años de los cinco de su existencia, durante los cuales ni siquiera ha visto nunca a los referidos tíos maternos. Como proclama reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial, de la que son un fiel exponente las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987 y 19 de febrero de 1988, y de esta misma Audiencia Provincial de 23 de octubre de 1989 (Sec. 14.ª) y de 30 de septiembre de 1999 y 30 de septiembre de 2004 (Sec. 18.ª), así como los Autos de 26 de abril de 1999, 13 de enero de 2000, 10 de diciembre de 2001, 28 de abril de 2003 y 30

de septiembre y 13 de diciembre de 2004 (Sec. 18.ª), en esta clase de procesos, los Tribunales han de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses de los menores, que son, sin duda, los más dignos de protección, y cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución en esta materia, en el que el principio fundamental del *favor minoris*, consagrado solemnemente en la Constitución Española (artículo 39) y sancionado en Convenios Internacionales (Nueva York), así como en la Convención de las Naciones Unidas de 1989, es una constante plenamente afianzada. Y por tanto en el caso que nos ocupa, en que la convivencia del menor con los acogedores –tras un acoplamiento satisfactorio y una evolución favorable y positiva– ha contribuido a solidificar una situación sentimental y afectiva del niño en un entorno concreto y adecuado, que realiza para él el esquema ideal y creativo de la familia, al ser éste su único referente parental, implica, acorde con lo indicado asimismo por el Ministerio Fiscal –actuando precisamente en interés del menor–, la inviabilidad de modificar la situación actual en la que se encuentra el niño, quien está en vías de alcanzar una plena estabilidad con la familia acogedora, y, por ende, cualquier remoción o separación del menor respecto de los acogedores, superponiendo vínculos puramente biológicos, a realidades concretas de una estructura propiamente familiar, que desde el remedio del acogimiento y de la futura adopción enriquece tanto a acogedores como a acogido, equivaldría o representaría la negación del fundamental principio del *favor minoris* de constante alusión, resultando, en consecuencia, el acogimiento preadoptivo en su día propuesto por la entidad pública, como la medida más adecuada para la protección del niño Luis Francisco, tal como ha resuelto certeramente la Juzgadora de Instancia en la sentencia impugnada.

Consecuentemente con todo lo hasta aquí expuesto y sin necesidad de mayor argumentación, en evitación de reiteraciones inútiles e innecesarias, procede la plena y total confirmación de la resolución apelada, con desestimación del recurso contra la misma formulado.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Es adecuado mantener la declaración oficial de desamparo del menor al constar un episodio de abandono del menor durante varias horas, encerrado en la vivienda, y de la que hubo de ser sacado mediante intervención policial; así como antecedentes del padre que pueden dificultar gravemente una permanente situación de protección del menor.

AP NAVARRA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María Blanca Gesto Alonso

La sentencia de instancia desestima íntegramente la impugnación formulada por don Jesús Luis contra las resoluciones dictadas por el Director Gerente del Instituto Navarro de Bienestar Social núms. 6327 y 6329 del año 2002, por las que se declaró el desamparo de su hijo Cecilio y su acogimiento residencial en el chalé Argaray de la citada entidad pública, seguido del posterior acogimiento familiar del menor.

Se alza en apelación la representación procesal de don Jesús Luis, señalando en primer lugar que, dado el resultado del informe de observación del menor, muy favorable en la valoración de su evolución intelectual y comportamiento social, los datos negativos que contiene son habituales incluso entre niños de familias bien estructuradas, la situación en que ingresó el menor en el centro de acogimiento no debería haberse calificado de desamparo sino sólo de riesgo; y los poderes públicos en tal caso se deberían orientar a disminuir los factores de riesgo y dificultad social en que se encontraba el menor y a promover los factores de protección del menor y su familia.

En segundo lugar aduce que la prueba pericial psicosocial elaborada por el equipo técnico adscrito al Juzgado no ofrece datos respecto al Sr. Jesús Luis, sino sólo sobre la madre; y el informe realizado por la psicóloga, al afrontar aspectos psiquiátricos, no resulta ser de su especialidad, pues aquéllos sólo podrían ser tratados por un médico psiquiatra; por otra parte tal informe no guarda relación con la normalidad del niño a que antes se ha hecho referencia.

En conclusión, mantiene que las impugnadas resoluciones no son ajustadas a derecho y no deben confirmarse, pues se debería haber declarado una situación de riesgo y no de desamparo, tratándose ésta de una medida desproporcionada que priva al menor de arraigo en su entorno familiar.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso e interesa la confirmación de la sentencia de instancia.

El Asesor Jurídico Letrado de la Comunidad Foral de Navarra también se opone al citado recurso solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia de instancia.

La medida adoptada por el Instituto Navarro de Bienestar Social debe ser analizada a la luz del espíritu de la normativa que prevé actuaciones como ésta, que no es otra que la protección de los intereses del menor. Con el mismo criterio debe ponderarse aquella medida frente a la pretensión del apelante, pues desde un punto de vista objetivo, lo natural debe ser que el bienestar del menor se logre precisamente en el ambiente familiar.

Así, en primer lugar puede apreciarse que la familia está desestructurada: se ha producido la ruptura de la pareja y la madre del menor presenta objetivas dificultades en razón de sus circunstancias para hacerse cargo de aquél. De hecho, es el padre quien desde la separación ostenta la guardia y custodia del menor y con el que aquél convive.

La actuación del Instituto Navarro de Bienestar Social obedecía a un episodio de objetivo desamparo, pues el Sr. Jesús Luis dejó encerrado al niño durante varias horas en circunstancias injustificadas o, si se quiere ver de otro modo, justificadas con unas razones que se encuentran en franca consonancia con las apreciaciones que ha llevado a cabo la psicóloga. Ciertamente que ésta en su informe se limita a su ámbito pericial, lo que no obsta para haber puesto de manifiesto unos parámetros de conducta del Sr. Jesús Luis que ofrecen muy serias dudas respecto a su pretensión de hacerse cargo de su hijo; y para que, siempre dentro de su ámbito, advierta de la necesidad de tratamiento psiquiátrico por parte del padre.

Resulta intrascendente a estos efectos el hecho de la favorable evolución del menor, pues por una parte ésta se viene produciendo una vez separada de la causa –la convivencia en contacto directo con su padre– que pudo producirle comportamientos negativos y es natural por lo tanto que reaccione de modo positivo; y por otra, porque las circunstancias desfavorables que llevaron finalmente a declarar su situación como de desamparo son independientes de dicha evolución favorable, se produjeron y pueden volver a producirse al margen de la respuesta conductual del niño; pero, de hacerlo, podrían influirle negativamente.

Y no cabe calificar la situación de mero riesgo, como pretende el Sr. Jesús Luis, pues a lo largo de los autos se aprecian episodios de los que se deduce que la particular idea que aquél tiene sobre la educación de su hijo consiste en enfrentarlo a situaciones de peligro físico y de tensión. Tal modo de actuar respecto a un niño de poca edad, que se está formando física, intelectual y emocionalmente, pero sin una personalidad aún consolidada, viene a ser lo contrario a la necesidad de seguridad y amparo que aquél requiere, en una palabra, constituye un notorio desamparo, del que el propio padre no es tan siquiera consciente.

Así pues, constando en autos el susodicho episodio de abandono del menor durante varias horas, encerrado en la vivienda, y de la que hubo de ser sacado mediante intervención policial; constando así mismo unos antecedentes del padre que pueden dificultar gravemente una permanente situación de protección del menor, que vienen corroborados por el informe psicológico; y constando así mismo una situación, tanto de la madre del niño como de la abuela que tampoco permite garantizar el debido amparo, resulta preciso mantener la situación actual de declaración oficial de desamparo del menor dictada por el Director Gerente del Instituto Navarro de Bienestar Social.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Es ajustada a derecho la declaración de idoneidad de una pareja no casada de 56 y 59 años para adoptar a un menor.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

La Conselleria de Bienestar Social interpone recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valencia el día 30 de junio de 2004, que revocó la resolución administrativa de 24 de abril de 2003 y declaró la idoneidad de los apelados para el ejercicio de la patria potestad en la filiación adoptiva.

Para resolver el delicado problema de la idoneidad o no de unas personas para poder ser padres adoptivos, de acuerdo con el artículo 176 del

Código Civil, es necesario hacer una ponderada apreciación de las circunstancias del caso que evite tanto abrir las puertas de esta forma de filiación a personas que no reúnen las condiciones idóneas para ello, como la frustración de las legítimas aspiraciones de ser padre o madre, –encuadrable en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la Constitución–, y del propio éxito de una adopción, que podría verse abortada por un enjuiciamiento excesivamente riguroso de las peculiaridades de los seres humanos; reconoce el informe pericial del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 182 y siguientes) que los dos recurrentes mantienen una relación de pareja satisfactoria, que no hay indicios de inestabilidad emocional ni dificultades de socialización, que disfrutan de una situación económica estable y disponibilidad horaria por ser prejubilados, y que no padecen ninguna enfermedad; sin embargo, el informe destaca que la motivación para la adopción de los recurrentes no es la adecuada, y que habida cuenta de su edad, –56 años él, 59 ella–, se produciría una diferencia generacional entre los adoptantes y el adoptado; la primera objeción, que se centra básicamente en el retraso para solicitar la adopción y que la idea de adoptar nació sobre todo de la señora Almudena, no es decisiva, porque en ocasiones la intención de adoptar no surge de modo inmediato, sino cuando los solicitantes han alcanzado una estabilidad afectiva y personal que les hace sentirse capaces para ejercer la patria potestad de modo conjunto, lo que frecuentemente no se da al principio de la convivencia sino cuando ha transcurrido cierto tiempo, quizá más, tratándose de parejas, como la que integran los recurrentes, que no han formalizado jurídicamente su unión; por otro lado, es natural que el impulso de adoptar nazca con más fuerza en uno de los componentes de la pareja, lo que no impide que luego el proyecto pueda ser asumido con decisión también por el otro; y por lo que se refiere a la segunda objeción, la Sala estima que los recurrentes no tienen todavía una edad tan avanzada como para determinar ineludiblemente la existencia de un gran bache generacional con el hijo adoptivo, máxime teniendo en cuenta, al amparo del artículo 3 del Código Civil, que los avances de la medicina y la mejora del nivel de vida retrasan en la sociedad actual el deterioro físico de las personas maduras, así como su anquilosamiento intelectual, que es la causa muchas veces de la incomprensión entre las generaciones; además, como circunstancia favorable para la adopción puede invocarse la experiencia del recurrente, que ha sido padre de cuatro hijos, fruto de un matrimonio anterior; por todo ello, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.

PROCEDIMIENTO DE MENORES

La supresión de las visitas de los padres biológicos al menor está plenamente justificada desde la perspectiva de que estando abocado el menor a ser acogido, y a la postre adoptado, en un ámbito familiar distinto del suyo biológico, la relación con los padres biológicos debe desaparecer en algún momento.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña María Nuria Zamora Pérez

La sentencia de instancia acuerda desestimar la oposición deducida por doña Luisa y don Jesús Miguel, frente a la resolución administrativa de fecha 28 junio 2004, por la que se suspendía la visita de una vez al mes, que tenían concedida para estar con su hijo Benedicto.

Contra dicha resolución se alzan los padres biológicos, quienes en el recurso argumentan la existencia de una cierta estabilidad familiar que les permitirá hacerse cargo del hijo. De hecho, el 29 de octubre de 2003, le ha sido asignada, por los Servicios Sociales, al Sr. Jesús Miguel, una vivienda, además desde el año 1999, ambos progenitores están inmersos en un proceso de deshabituación tóxica, mediante metadona. De otro lado el Sr. Jesús Miguel tiene reconocida una pensión por importe de 276'30 euros, ingresos que se ven complementados con los que percibe su madre, quien ahora convive con ellos, y que recibe dos pensiones, una de la Seguridad Social por importe de 381'20 euros y otra de Puertos de Avilés de 255'44 euros. Finalmente apuntan que durante todo el tiempo que el menor ha permanecido acogido por los Servicios Sociales del Principado, han cumplido con las visitas concedidas.

Planteado el recurso de apelación en los términos expuestos, debe ser rechazado.

A fin de justificar la presente resolución conviene centrar el tema que es objeto del recurso y que es única y exclusivamente el relativo a la supresión de la visita mensual que los apelantes venían realizando a su hijo, tutelado por la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias.

La medida que ahora se cuestiona, se adopta en el marco de un proceso de acogimiento preadoptivo del menor. Proceso que también está siendo cuestionado por los progenitores biológicos. Es en ese proceso donde pueden encontrar cabida las alegaciones que los apelantes efectúan en el presente recurso, con vistas a determinar si procede o no su oposición a la adopción.

En el proceso que nos ocupa las alegaciones de la parte apelante carecen de fundamento. La medida de supresión de las visitas de los padres biológicos al menor, por escasas que sean, está plenamente justificado desde la perspectiva de que estando abocado el menor a ser acogido, y a la postre adoptado, en un ámbito familiar distinto del suyo biológico, la relación con los padres biológicos debe desaparecer en algún momento. Sólo esa ruptura permitirá un adecuado desarrollo psicológico y emocional del menor y facilitará la incorporación al nuevo ámbito familiar.

UNIONES DE HECHO

No se reconoce derecho alguno al integrante de una pareja de hecho respecto a los inmuebles que se compraron constante la convivencia al quedar acreditado que se adquirieron con dinero exclusivo del otro conviviente, sin que pueda declararse que existió una comunidad de bienes entre ambos.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo

Se alza el apelante contra la resolución impugnada en cuanto no estima su pretensión de la demanda de que se declare la existencia de un pacto tácito entre las partes conforme al cual construyeron la vivienda familiar en régimen de copropiedad, así como el saldo de los saldos bancarios existentes a la demanda, y en su consecuencia se declare la copropiedad al 50%. Que se declare que entre ellos existió una unión de hecho o extramatrimonial, y en su consecuencia, una comunidad de bienes adquirida durante ese tiempo, bien tenga el carácter de comunidad entre propietarios o de sociedad civil de hecho, participando cada uno en el 50% en cualquiera de los supuestos de las propiedades. Finalmente, se declare disuelta la sociedad civil de hecho o, en su caso, la comunidad de bienes y derechos adquiridos durante la convivencia. En su escrito de recurso sintetizaba su pretensión en el sentido de que se declare la existencia de un pacto tácito entre las partes, declarando la cotitularidad de la vivienda y del depósito y sus rentas a nombre de la demandada de una cuota del 50%.

Antes de nada, hemos de decir que la sentencia impugnada estima que es aplicable al supuesto de autos la Llei d'Unions Estables de Parella, Ley 10/1998, de 15 de julio, y dado que ninguna pretensión se formuló al amparo del artículo 13 de la misma, declara la improcedencia de la pretensión. No podemos aceptar este argumento como causa de la desestimación de la demanda, y ello por la razón de que el apelante durante la convivencia estaba unido por vínculo matrimonial anterior, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de dicha Ley, queda fuera de su ámbito de aplicación; así viene a expresarlo también la Exposición de Motivos, cuando se refiere a las uniones de carácter estable que: «tot y que podem contreure matrimoni, s'abstenen de fer-ho».

Sentado lo anterior es de aplicación la doctrina sobre tales uniones establecida entre otras por las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2004 y 17 de enero de 2002 y que trataremos de sintetizar en términos generales. La convivencia *more uxorio*, entendida como relación a semejanza de la matrimonial sin haber obtenido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida, como no podía ser otra cosa, por el Derecho; carece de normativa legal, pero produce o puede produ-

cir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y que deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo, hoy por hoy inexistente, sino evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que puede resultar perjudicada por la situación de hecho con trascendencia jurídica. En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia, pretendiendo evitarse el perjuicio injusto para el más débil. Ante esta situación, a este último se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido un enriquecimiento injusto (STS de 17 de junio de 2003), concediendo una pensión compensatoria (STS de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002), o incluso atribuyendo la vivienda a la parte más débil (STS de 10 de marzo de 1998), no siendo necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales –artículo 392.2 CC–, pues ello sería tanto como imponer a una convivencia *more uxorio* la normativa de una comunidad de gananciales o más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial y presumir una comunidad convencional -que no incidentalque las partes nunca quisieron establecer (STS de 17 de enero de 2002).

En el caso de autos, la sentencia de 22 de octubre de 2001, reguló los efectos de la separación de los convivientes, convivencia que duró 28 años; durante la misma, se adquirieron la vivienda familiar y unos depósitos, los cuales figuran a nombre de la demandada, no habiendo sido impugnada la escritura de adquisición de dicha propiedad, adquisición que el actor pretende se declare de cotitularidad al 50%. Pues bien, de conformidad a lo expuesto, y descartado cualquier pacto, por falta de acreditación, de que las partes constituyeran, en el aspecto económico, comunidad de bienes alguna, más allá del sostenimiento por uno o por ambos, de los gastos primarios, pero sin finalidad patrimonial de futuro; no habiendo peticionado el mismo una pensión compensatoria, se estaría en el caso de acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto; claro está, sin perjuicio de que el actor pudiera peticionar lo que asevera haber entregado a la conviviente por la compra de la vivienda, extremo no acreditado. Y en cuanto al depósito, según el apelante, procedente de las cuentas indistintas, sería aplicable la doctrina conforme a la cual, la apertura de estas cuentas, a nombre de dos o más personas, lo único que comporta, por tratarse de un depósito irregular, es que cualquiera de los titulares tiene frente a la entidad financiera, plenas facultades de disposición del saldo, sin que ello suponga la existencia de una situación de condominio sobre el mismo, que vendrá determinado por las relaciones internas de los titulares bancarios conjuntos y, más en concreto, por la originaria pertenencia de los fondos, fondos que en cuanto al apelante se refiere, no han quedado acreditados en forma alguna.

Entrando así en el estudio del enriquecimiento injusto, diremos que éste tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra, que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o causa que lo legitime, de tal manera que surge la obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido. Haciendo aplicación de esta doctrina al supuesto de autos, entendemos que no han quedado acreditados tales requisitos. Consta que la demandada adquirió la vivienda con el producto de la venta de las propiedades que expresa la sentencia recurrida, así como del traspaso del local bar, traspaso que se efectuó por la misma por escritura de 27 de septiembre de 1989; también por el dinero heredado del padre procedente de la venta de un apartamento y por los ingresos, reconocidos por el apelante, que el padre de la demandada transfería a la misma. Y no habiéndose acreditado especial dedicación de aquél a la casa y al cuidado de los cuatro hijos comunes, ni tampoco las aportaciones efectuadas ni para el pago de la vivienda, ni a las cuentas comunes, la consecuencia no puede resultar más obvia, por todo lo cual debemos confirmar, aunque por distintos fundamentos, la resolución impugnada con la consiguiente desestimación del recurso que se examina.

UNIONES DE HECHO

No se entiende que existiese una comunidad de bienes en la convivencia mantenida durante 13 años entre los integrantes de una pareja de hecho habiéndose adquiridos los bienes con los ingresos exclusivos de uno de ellos, sin que conste una dedicación especial de otro a la familia y tareas domésticas. No modifica la anterior conclusión la circunstancia de que pudiesen tener cuentas corrientes conjuntas o que la conviviente estuviese integrada en la cartilla sanitaria del conviviente.

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio San Millán Martín

Ejercitada acción de división de patrimonio, que se manifiesta común, por la demandante, en razón a su unión de hecho, extramatrimonial, afectiva con don Guillermo, desde la fecha de 1987, hasta la de su separación en fecha de agosto de 2000, adquirido y disfrutado en común, la Sentencia de instancia, desestima la pretensión ejercitada, por no estimar acreditado que, no obstante esa unión extramatrimonial, habida en aquel período, haya participado de forma efectiva la actora en la formación del mismo, habida cuenta de su prácticamente nula contribución económica al acervo común de aquella unión, ni que conste voluntad alguna explicitada por ninguno de los convivientes de hacer común cuanto adquirieran, fundamentalmente el demandado, constante aquella unión. Como tampoco estima la solicitud de prestación económica para con la misma, porque no considera acreditado que haya contribuido en forma de dedicación familiar o doméstica, pese a la existencia de un hijo común habido como fruto de referida unión sentimental, para con el demandado, de forma suficientemente notable como para poder establecer aquella prestación sobre la que nunca cabe la aplicación analógica de lo regulado en el Código Civil, a propósito de las pensiones compensatorias para los supuestos de separación o divorcio matrimoniales.

El caso debatido en los presentes autos, refiere sobre las consecuencias, efectos jurídico-civiles de las denominadas uniones paramatrimoniales, uniones de hecho o *more uxorio* o uniones habidas en análoga relación de afectividad que de las matrimoniales propiamente dichas tal y como son, éstas últimas objeto de regulación expresa en nuestro Derecho Civil. Sobre las que ya pueden encontrarse intentos de definición legal, cual la contenida en la Ley de Adopción, 21/1987, o en las más recientes de Leyes de Cataluña, 10/1998 o Aragonesa de 8/1999, o en la propia Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, sobre todo a partir de la Sentencia de 18 de mayo de 1992, que ya intenta una definición que destaque las notas y requisitos de ese tipo de uniones de hecho. Pero que en las mismas siempre se incide sobre la imposibilidad de toda equivalencia con la regulación civil de las uniones matrimoniales (doctrina emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo: Sentencia de 19 de noviembre de 1990, del primero y Sentencias de 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993,..., del segundo), aunque se reconozca que tales uniones, estables, duraderas, etc., puedan producir determinados efectos entre los convivientes. Así, Lázaro, habla de «hecho jurídico», donde el hecho determinante es precisamente la convivencia en modo alguno apreciable, no fugaz o irrelevante. Así, se señalan como requisitos para que tales uniones puedan ser consideradas tales, productoras en su caso de efectos jurídico civiles, los siguientes: existencia de una pareja, heterosexual (hoy sometido a revisión, ante la posibilidad de que puedan conformarlas los grupos gays, lesbianas, transexuales,...), portadores de un proyecto integral de vida en común, existencia de la *affectio maritalis*, publicidad (no clandestinidad), estabilidad y permanencia, ausencia de elementos negativos (relación no incestuosa, no respecto de menores,...), existencia de hijos comunes,... de entre otros de posible apreciación. Así mismo, su reconocimiento pasa por la debida acreditación o prueba de su existencia, mediante los mecanismos o medios a que haya lugar en derecho, señalándose como especialmente idóneos, la apertura de cuentas, efectos bancarios en común, o de otros contratos como la compraventa de pisos, locales, etc., suscripción de arrendamientos en común, empadronamiento municipal en mismo domicilio, mismo censo electoral, inclusión en cartilla de la seguridad Social u otros servicios sanitarios, inclusión en testamento, designación de beneficiario en póliza de seguros, existencia de hijos comunes con inscripción de la filiación paterna y materna, inscripción en registros municipales para las uniones de hecho, etc.

El fenómeno social que sugieren las uniones de hecho, presenta también problemática en nuestro entorno cultural europeo, donde no han faltado intentos de regulación. Así, pueden encontrarse referencias de regulación en Suecia, Noruega, Dinamarca, sobre los registros de convivencia paramatrimonial. Más importante y cercana la regulación francesa, en su Pacto Civil de Solidaridad, LOI 15 de noviembre de 1999. Portugal, que carece de regulación propiamente dicha, pero que en su Código Civil, regula someramente las medidas de tutela para las relaciones de hecho, etc.

De suerte que, tales uniones pueden llegar a producir efectos civiles, en tanto que surgen en ellas relaciones jurídico-civiles en orden a los intereses personales y patrimoniales de los convivientes y pueden, también producir, en su caso, relaciones paterno-filiales a las que haya que subvenir. Así, en cuanto a las relaciones personales, resulta ya pacífica la doctrina jurisprudencial sobre la posibilidad, validez y respeto a los pactos (*facta concludentia*, incluida) que puedan haberse establecido por los propios convivientes, en virtud del principio de «libertad de pacto» y según la doctrina general obligacional de nuestro Código Civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1998), donde se haga previsión del régimen a seguir tanto constante la unión de que se trate como para el caso de su disolución. Así como que, no es de aplicación, en ningún caso, por analogía, que se niega y se estima improcedente, el régimen legal establecido para las uniones institucionales del matrimonio civil, al que los propios convivientes no han querido someterse. Sobre estos particulares, no obstante, se ha llegado a reconocer el derecho al disfrute de la vivienda, por quien no es titular de la misma al tiempo de la disolución de la convivencia, por mor del principio de protección (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998), el derecho de una indemnización por ruptura, siempre si ha sido objeto de pacto expreso, y en ningún caso por aplicación analógica de lo regulado en el Código Civil para las disoluciones matrimoniales. Se ha negado toda posibilidad, salvo pacto expreso de las partes, de acudir al régimen deber de prestación de alimentos entre convivientes. Sí se admite la posibilidad de reconocer indemnizaciones, en concepto de perjudicados, frente a terceros responsables, como es el caso de lo establecido en el ámbito de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro. No en la condición de heredero forzoso. Y en cuanto a los intereses patrimoniales, admitiéndose en todo caso la validez de los pactos que hayan podido establecerse, es igualmente inadmisible toda aplicación analógica de lo contemplado en el Código Civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997, 4 de junio de 1998,...), rigiendo, en principio la presunción de no existencia de patrimonio común entre los convivientes, no aplicabilidad del régimen de comunidad de bienes (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1998), tampoco el de sociedad irregular civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992). Y, únicamente se viene admitiendo la posibilidad de reconducir el tema a los supuestos de enriquecimiento injusto, respecto de alguno de los convivientes que pueda producirse como consecuencia de la ruptura de aquella convivencia, para lo cual se exige la concurrencia de una serie de requisitos o presupuestos, partiendo de la subsidiariedad en la aplicación de esa doctrina (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1999), cuales son: acreditación de que el conviviente no perceptor de ingresos haya prestado ayuda efectiva en la actividad laboral o profesional de su pareja, incluidas las labores o dedicación domestico-familiar, que se produzca un efectivo aumento de patrimonio (o disminución de sus cargas), en su pareja, correlativo disminución, en su caso, del patrimonio del conviviente, relación de causalidad entre esas circunstancias y el empobrecimiento a considerar, la no existencia de causa justa en tal circunstancia,... Y se citan por la doctrina como causas apreciadas de empobrecimiento de alguno de los convivientes a tales efectos, la dedicación y atención doméstico-familiar, el cuidado de los hijos comunes, la colaboración profesional con su pareja, etc.

Pues bien, sentadas anteriores pautas doctrínales y jurisprudenciales, procede analizar el concreto caso de autos, porque la cuestión exige un particular análisis del caso sometido a examen sin que puedan establecerse reglas de aplicación general habida cuenta de las singularidades y diversidad de circunstancias que pueden presentar estas uniones paramatrimoniales. Y analizar las pruebas practicadas en las actuaciones para concluir, en coincidencia con la sentencia de instancia, en la procedencia de la desestimación de la demanda, particularmente por la insuficiencia en la prueba practicada por al actora, en orden a la aplicabilidad, con carácter subsidiario, de la doctrina del enriquecimiento injusto o sin justa causa, única vía en derecho admitida por la más moderna y reiterada doctrina jurisprudencial, para la apreciación de los posibles efectos jurídico-civiles que tales uniones puedan producir; en el orden personal y patrimonial (otra cosa, que no es objeto de debate en estos autos, serían los efectos jurídicos en el aspecto de las relaciones paterno-filiales). Porque, descartada, siempre salvo pacto expreso en contrario establecido por los convivientes (en cuyo caso se aplicará éste), toda aplicabilidad analógica respecto de las

normas establecidas en el Código Civil (como ya se ha razonado anteriormente) para las rupturas matrimoniales, imposible establecer presunción alguna de comunidad de bienes sobre los que detenten los convivientes y descartada, también la aplicación subsidiaria de las normas reguladoras del régimen económico matrimonial de los matrimonios celebrados al amparo del Código Civil, de cuya aplicación huyen los que se decantan por este tipo de uniones no institucionalizadas (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1992), deberá acreditarse únicamente la procedencia, por reunir los requisitos establecidos para ello, de aplicar al conviviente solicitante una indemnización por la ruptura de la convivencia por apreciación de la doctrina del enriquecimiento injusto.

En el presente caso, ha trascendido en las actuaciones, como pese a que las partes hayan mantenido una convivencia ininterrumpida por 13 años (desde 1987 hasta agosto del 2000), con existencia de un hijo común habido como fruto de esa unión (nacido el 9 de enero de 1992), la demandante, en el orden patrimonial, prácticamente nada ha aportado (sólo ha acreditado la realización de muy esporádicos trabajos ocasionales cuidando niños) siendo la totalidad de los ingresos económicos, de una u otra forma, obtenidos por el demandado, primero como fruto de su actividad personal laboral (a la que en nada podía contribuir la demandante) directa, luego como compensación económica por su anticipada jubilación, compensación por su pérdida de «activo laboral», con muy pocas posibilidades de reorientar su vida laboral, situaciones en la que esta Audiencia siempre ha negado su condición de ganancialidad. Y anteriores conclusiones no se desvirtuaron por esa existencia de cotitularidad de cuentas bancarias, inclusión en cartilla sanitaria (sólo a los efectos de dispensación o cobertura de una sanidad de la que la actora carecía, incluso antes de iniciar la convivencia) y otras posibles apariencias de «copropiedad», que no fueron tales, y que fue claramente puesto de manifiesto cuando de la titularidad de la vivienda (sólo adquirida con el peculio del demandado) se trató, o del vehículo, también adquirido con el solo peculio del demandado. Ya ha declarado el Tribunal Supremo que no basta con la *affectio societatis*, para la constitución de toda sociedad de bienes o ganancias sino que además debe haber una «puesta en común» de forma efectiva de bienes a integrar la sociedad (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1993). Nada se ha acreditado sobre la situación económica de la actora ex antes de la unión de hecho, para que pudiera concluirse sobre alguna aportación económica, o dejación de alguna perspectiva de futuro económico para ella. Por lo que, no ha sido acreditado que, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, se haya producido, primero el detrimento patrimonial (no lo tenía en absoluto) en la actora y luego, el incremento (pérdida de cargas en su caso) patrimonial, correlativo al anterior para con el Sr. Guillermo (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1988, 25 de septiembre de 1997, 19 de diciembre de 1996,...). Nada gana el demandado con la ruptura de la convivencia, ni tuvo ningún incremento patrimonial, que conste, durante la misma, que no hubiera podido obtener sin la compañía de la demandante. La demandante, no dejó empleo ninguno, profesión, actividad económica conocida ni recursos o posibilidades conocidas en el orden económico por el hecho de iniciar la convivencia de que se trata. Sino que más parece que su separación no hace sino reintegrar a la misma a su situación original, con mantenimiento, incluso de su aptitud laboral, pues al parecer, ahora desempeña funciones de cuidadora para personas de la tercera edad, con percibo de retribución económica (300 euros).

En la esfera personal, ha transcendido en las actuaciones, por medio del informe pericial psicosocial, a propósito de la reclamación sobre la guarda y custodia del menor Víctor efectuada por el padre don Emilio Miguel, a quien se propone sea confiada, que la madre, desde el nacimiento del menor (con casi 13 años de edad), poco se ocupaba del mismo, siendo el padre quien desempeñaba la práctica totalidad de las funciones de sus cuidados y que doña Antonieta, siempre se mantuvo alejada de la dedicación doméstica, presentando una gran inestabilidad, al tiempo que considera (el equipo técnico) es una persona primaria, más centrada en satisfacer sus deseos e intereses personales y particulares que en los de su propio hijo, que no ha conseguido establecer un fuerte vínculo afectivo con su hijo, mostrando una actitud de frialdad emocional y ejerciendo su rol materno de forma inadecuada. Queda pues, cuestionada y huérfana de prueba, que, en efecto su dedicación, como contribución a la unión de hecho, en el ejercicio de las tareas domésticas haya sido lo mínimamente apreciable y efectiva como para merecer la consideración de causa propiciadora de un enriquecimiento (injusto) para el demandado, quien al parecer asumió casi en soledad las obligaciones filiales para con el común hijo Víctor y sobre las estrictas tareas domésticas nada acredita la actora sobre su asunción en exclusiva o de forma determinante o de dedicación que pueda ser comparable con el propio criterio que desarrolla en su demanda para cuantificar la indemnización solicitada por esta causa de enriquecimiento injusto: salario mínimo interprofesional equivalente a una trabajadora del hogar, por cuanta ajena. Por lo que, su ruptura, por otra parte por ella misma propiciada, al iniciar otra relación sentimental con otra persona, no parece haya producido desequilibrio, empobrecimiento (siempre

correlativo a un enriquecimiento de adverso) en su situación personal o patrimonial merecedor de la protección solicitada, de la compensación económica pretendida (que la mayor parte de la jurisprudencia refiere sobre situaciones de desamparo, abandono o desfavorecimiento sobre alguno de los convivientes, al producirse la ruptura, luego de mantenida un larga relación cuasi-matrimonial; la mayor parte de las Sentencias del Supremo refieren largas convivencias ininterrumpidas con acredita entrega y dedicación plena familiar, –de 30 o más años–, Sentencia de 21 de octubre de 1992).

UNIONES DE HECHO

Atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio, ya que la conviviente, sus hijos fruto de un anterior matrimonio, y la hija común nacida tras la convivencia *more uxorio,* pueden trasladarse a la vivienda que anteriormente ocupaba aquélla y cuyo uso le fue atribuido judicialmente, sin que sea obstáculo para ello que dicha vivienda se encuentre en la actualidad arrendada, ya que del contenido de las cláusulas se desprende la posibilidad de poder recuperar la vivienda.

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Roque Villamor Montoro

Ha versado este procedimiento sobre la adopción de medidas en relación a hija menor habida entre las partes, en concreto sobre pensión alimenticia, guarda y régimen de visitas y atribución de vivienda familiar, siendo sobre esta última sobre la que viene a centrarse el debate en esta segunda instancia. Un adecuado enjuiciamiento del asunto sometido a la consideración de esta Sala, requiere que se tengan en cuenta las circunstancias que se dan en el caso presente, a saber:

a) Vivienda propiedad del recurrente y en la que han estado viviendo las partes, los dos hijos matrimoniales que tenía la apelada y la hija común, desde el nacimiento de ésta, y cuyo uso le atribuye la sentencia recurrida a la apelada y su hija.

b) La apelada se encuentra separada judicialmente, habiéndose atribuido el uso para ello y sus dos hijos matrimoniales de la vivienda que compartía con su anterior esposo, de carácter ganancial, y que se encuentra en la misma calle justo enfrente de la vivienda que ahora ocupa y a la que se trasladó con motivo del nacimiento de la hija menor.

c) La vivienda familiar de su anterior matrimonio la apelada la tiene alquilada, percibiendo una renta de 360 euros mensuales.

Con estos antecedentes es evidente que el debate se plantea sobre cuál es el interés más necesitado de protección en orden a atribuirle el uso de la vivienda que ha venido ocupando la pareja durante los últimos años, y al respecto de lo que la parte recurrente afirma la existencia de error en la apreciación de la prueba en la sentencia recurrida, aludiendo a que la apelada tiene otra vivienda a su disposición, adjudicada en separación previa, habiendo aportado ésta dos contratos cuya vigencia temporal se solapa, y aludiendo a la SAP de Córdoba, Sec. 2.ª, de 2 de diciembre de 2002 que entiende que cabe establecer un sistema distinto al de adjudicarle el uso de la vivienda convivencial al progenitor con quien quede el hijo común.

Conviene recordar que, conforme a STS de 7 de julio de 2004, «con la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia *more uxorio* y ante la falta de una regulación legal de estas uniones, dice la Sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 que "es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil" y matiza el apartado cuarto del mismo artículo y añade "y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho". Si esto es así con relación al conviviente, con mayor razón ha de aplicarse este principio general cuando se trata de la protección de los intereses de los hijos menores de edad». Ello nos obliga a examinar al caso concreto los intereses en juego y cuál de los afectados queda en peor situación, sin perjuicio de que se tenga que precisar que aquí lo que se trata es de adoptar medidas de protección para la hija

menor, debiéndose de examinar, por tanto, si la adecuación de sus intereses tiene mejor acomodo con la solución adoptada en la sentencia recurrida, siempre con la finalidad de buscar que, en cuanto sea compatible con aquello, los otros intereses afectados, aquí los de los padres, resulten menos afectados. Esto viene a colación en cuanto que tal y como se ha planteado el debate se tratan de contraponer intereses de los progenitores para ver cuál de ellos es el que precisa esa protección. Podemos convenir con la parte apelada en que el principio general en este materia será el de atribuir la vivienda al progenitor bajo cuya guarda quede el hijo común «dada la importancia de la vivienda tanto en la esfera afectiva, como lugar reconocido por el menor en el que se centra la vida familiar, como económica o social» (SAP de de Barcelona, Sec. 18., de 28 de abril de 2004), pero ello tiene una explicación que no puede ser otra que la de «tratar de mitigar en lo posible las consecuencias de la ruptura evitándole el desplazamiento o el alejamiento de aquél que era el centro familiar y social».

Ahora bien, también como dice la Sentencia de esta misma Audiencia de 2 de diciembre de 2002, no puede constituir un principio inatacable, antes al contrario con la oportuna prueba, puede llegarse a otra conclusión. En el caso de autos, se trata, y no es otra cosa, de proporcionar una vivienda al menor y en el presente caso la alternativa que se ofrece se encuentra en la misma calle, justo enfrente de la actual vivienda convivencial de la pareja. Con la edad de la niña, pendiente en el momento presente de cumplir cinco años, no se entiende que el paso de una vivienda a otra suponga un cambio notable en su vida, ni un perjuicio, a lo que se ha de unir que es el recurrente quien tiene que salir de la vivienda y buscarse otra, normalmente en alquiler, pese a ser aquélla de su propiedad. El problema que se plantea es el de determinar si ese sacrificio en los intereses del padre se estima necesario para la adecuada tutela de los de la menor, insistiéndose en que se ha de velar por la tutela de éste pero en la medida que cause un menor perjuicio a los afectados por la misma, con lo que no es indiferente, como sostiene la sentencia, que la madre tenga a su disposición otra vivienda, a la que, en su caso, volvería ésta y en la misma situación que estaba antes de trasladarse a la actual vivienda que no consta que esté en peores condiciones que la que actualmente ocupa.

Llegados a este punto se ha de estar con la parte recurrente es que lo que le supone a él un gasto, supone un beneficio para la apelada que tiene arrendada la otra vivienda que también puede pasar a ocupar con sus, ahora, tres hijos. En este punto, hemos de prestar atención al solapamiento de fechas de vigencia de los contratos aportados por la parte apelada, así uno pactado por seis meses el 15 de agosto de 2003, vencería el 13 de febrero de 2004, en tanto que el otro tiene fecha de 1 de enero de 2004 con una duración anual, pero es que, y aquí nos hemos de detener, este contrato establece (folio 18) que a los efectos de lo preceptuado en el parrafo 3 del artículo 9 LAU «en este acto de forma expresa el arrendador manifiesta la necesidad de utilización para uso propio como vivienda familiar del inmueble objeto del presente Contrato de Arrendamiento una vez finalice el plazo de Doce Meses libremente pactado por ambas partes como plazo de duración del mismo».

Con ello, podemos decir que, al margen de que pudiera tratarse de una estrategia para evitar la duración mínima de cinco años, parece que es la propia apelada la que tenía en mente el volver a esa vivienda. En todo caso, lo que sí es evidente es que el recurrente no tiene otra vivienda y la apelada, sí la tiene, sin que a estos efectos tenga relevancia que sea en régimen de cotitularidad con su anterior esposo, al haberse adquirido vigente el régimen de gananciales, pues aquí no estamos hablando de mera titularidad, sino de efectivo uso, y, para cuanto aquí se trata de resolver, ese uso lo tiene sin que conste ni se alegue ningún tipo de problemas para volver a ocupar esa vivienda, ni que la situación de ganancialidad lo impida, pues actuando diligentemente ese uso permanecería inalterado incluso pese a la disolución de la sociedad de gananciales. En esta situación, y con el presupuesto de que el cambio de un lado de la calle a otro, no puede considerarse como un perjuicio para la hija menor común, esa necesidad de evitar un mayor perjuicio indirecto para otras personas, determina que se considere que el uso de la vivienda familiar haya de ser atribuido al progenitor titular de la misma, circunstancia esta que no se acepta pueda ser compensada por las enfermedades que padezca la apelada, pues aquí no se trata de ver si puede o no trabajar y procurarse unos ingresos, sino, como se decía, de adoptar medidas en beneficio de la menor, y en la medida en que los progenitores, en este caso, el padre, cumple sus obligaciones legales respecto a ella (artículo 142 del Código Civil) con arreglo a su capacidad económica y las necesidades de la menor; ni tampoco con que la cuantía de alimentos se fije en consideración de que la hija iba a seguir en la vivienda del recurrente, pues tampoco ésta va a tener que soportar un gasto por procurarse otra. En todo caso, no se ha presentado recurso cautelar para interesar que se elevara la pensión para caso de que se estimara el recurso inicialmente

UNIONES DE HECHO

No ha lugar a fijar una pensión de alimentos del artículo 14 de la Ley de Uniones Estables de Pareja al no concurrir los presupuestos legales necesarios ni la necesidad de la alimentista.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María Hortensia García Esquius

El único motivo de la apelación se centra en la disconformidad con la denegación de la pensión alimenticia que al amparo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 10/1998 peticiona la demandante. La sentencia desestima esta pretensión de la demanda por no concurrencia de los requisitos exigibles para su nacimiento, decisión que la Sala no comparte.

El reconocimiento del derecho de uno de los miembros de la pareja al percibo de pensión alimenticia periódica a cargo del otro, está expresamente regulada en el artículo 14 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones estables de pareja, y prevista para uno de los dos casos siguientes: a) si la convivencia ha reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos y b) si tiene a su cargo hijos comunes en circunstancias tales que su capacidad de obtener ingresos se vea mermada.

En este caso la actora dice y acredita que se desplazó desde Almería a esta Comunidad al iniciarse la convivencia con el demandado, la cual ha durado 13 años, naciendo de la unión un hijo, Lucas, el 8 de julio de 1991. Desde su llegada a Terrassa la actora se ha dedicado al cuidado del hogar, la pareja y el hijo, habiendo empezado a trabajar en el mes de abril de 2003 (folio 58). La actora tenía otras tres hijas de una relación matrimonial anterior, todas ellas mayores de edad. Lo que no se acredita es que se haya reducido su capacidad para obtener ingresos como consecuencia de haber mantenido una relación de pareja durante todos estos años, ni tampoco que el cuidado del hijo le dificulte su posibilidad de incorporarse de forma plena al mercado laboral puesto que Lucas está a punto de cumplir 14 años. A pesar de lo que nos dice en su demanda y en su recurso, la actora no ha probado haberse visto obligada a cesar en empleo alguno remunerado en Almería, ni tampoco que el traslado le supusiera unas pérdidas económicas concretas. No se ha probado que efectivamente al dejar Almería se causó baja en un empleo o se cesó en alguna actividad profesional concreta, y por el contrario lo que sí parece claro es que en la actualidad se encuentra trabajando lo que cuestiona la necesidad de los alimentos que se reclaman.

En consecuencia, no puede prosperar la solicitud de alimentos y no procede por lo tanto el establecimiento de la pensión del artículo 14 al no justificarse ni la concurrencia de los presupuestos legales ni la necesidad de la alimentista.

CUESTIONES PENALES

Procede condenar a la acusada a la pena de multa como autora de una falta del artículo 622 del CP, al ser consciente del régimen de visitas señalado judicialmente a favor del padre y pese a ello obstruir la práctica de las mismas, no siendo la primera vez en que incurre en dicho actuar.

AP LLEIDA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Segura Sancho

Se impugna la sentencia condenatoria de instancia al estimar la recurrente que frente a lo que allí se dice no hubo en realidad una voluntad ni una intención de incumplir con el régimen de visitas señalado judicialmente dado que ella tan sólo se limitó a acompañar a sus hijas a la clase de gimnasia ya que el padre, ahora denunciante, no accede a que asistan a aquella actividad extraescolar pues

ésta coincide con el horario que a él corresponde su régimen de visitas, razón por la que en primer término interesa la revocación de aquella resolución y, consecuentemente, su libre absolución. En segundo término, y de forma subsidiaria a lo anterior, peticiona la reducción de la pena de multa a la cuantía y a la extensión mínima prevista en el artículo 622 del Código Penal. A estas peticiones se adhirió el Ministerio Fiscal mientras que la parte contraria solicitó la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la resolución de instancia.

El principal motivo de impugnación no puede contar con acogida favorable por cuanto que –tal y como se dice en la resolución de instancia– la denunciada era consciente del régimen de visitas señalado judicialmente en favor del padre y pese a ello decidió, libre y voluntariamente, impedir su ejercicio al recoger a las menores a la salida del colegio a fin de llevarlas a la actividad extraescolar de gimnasia, considerando unilateralmente que aquella actividad era más beneficiosa para sus hijas que el régimen de visitas señalado judicialmente. Con ello resulta acreditada la voluntad obstativa desplegada por la denunciante y que ya en su día motivó la modificación del régimen de visitas señalado en la sentencia de separación –lo que se llevó a cabo mediante resolución de 10 de julio de 2003–, régimen que se mantuvo en la sentencia de divorcio de 10 de junio de 2004. Es más, posteriormente la denunciada –y ahora recurrente– ya fue condenada como autora responsable de una falta de incumplimiento de régimen de visitas y pese a ello ha venido manteniendo con posterioridad a aquellas resoluciones la misma actitud en torno al cumplimiento de aquel régimen señalado judicialmente, convirtiendo con ello su particular decisión en el único criterio que pretende hacer prevalecer frente a cualquier otro. Por consiguiente, en modo alguno puede ampararse su conducta como tampoco puede sostenerse que aquella actuación no estaba presidida por una indiscutible intención de incumplir con lo ya resuelto judicialmente.

Cuestión distinta es que las exigencias y necesidades de las menores pasen por la realización de aquellas actividades extraescolares o incluso que éstas puedan ser simplemente convenientes para ellas y para su adecuada formación, cuestión que ambos progenitores han de valorar conjuntamente y sopesarlas junto con las ventajas que reporta el correcto ejercicio del régimen de visitas establecido. Es más, ambos pueden buscar y conseguir soluciones que satisfagan la totalidad de los intereses en juego, pero si fueran incapaces de conseguirlo siempre les queda la vía judicial para la resolución de sus conflictos. Fuera de estos cauces no puede permitirse que la voluntad de uno solo de ellos prevalga sobre la del otro ya que ello será fuente continua de conflictos, como así lo ha sido hasta el momento presente, lo que irremediablemente aboca a la desestimación del principal motivo de impugnación y, consecuentemente, a la declaración de responsabilidad penal contenida en la resolución de instancia.

Igual suerte desestimatoria ha de correr el segundo de los motivos articulado de forma subsidiaria al anterior, y con el que se combate el alcance y extensión de la pena de multa impuesta. En efecto, tal y como se ha señalado con anterioridad, el constante, reiterado e injustificado incumplimiento del régimen de visitas señalado judicialmente, comporta y determina la imposición de aquella penalidad en la extensión acordada, al ser adecuada y proporcional con la entidad de los hechos, con el bien jurídico protegido por el ilícito y, fundamentalmente, por afectar incluso a los derechos e intereses de las hijas menores de edad.

Lo mismo puede decirse respecto de la cuantía de la pena de multa impuesta ya que la inexistencia de datos relativos a la capacidad económica no implica que la cuantía del importe pase necesariamente por una cuota tan ínfima que suponga dejar sin contenido efectivo las consecuencias penales derivadas de un ilícito, salvo en aquellos casos en los que la inexistencia de recursos económicos suponga una situación de efectiva imposibilidad. Es por ello por lo que aun cuando esta Audiencia Provincial ha venido señalando (Rollo 241/01, entre otras) que la cuantía de 6 euros de cuota por día, en las penas de multa, pueden ser consideradas, sin necesidad de prueba específica al respecto, adecuadas a la capacidad económica de cualquier persona que no se encuentre en una situación especial que le impida atender a aquellas responsabilidades debido a sus propias circunstancias personales, familiares, sociales o laborales, criterio que también ha mantenido la STS de 20 de noviembre de 2000, entre otras. Es por ello por lo que ha de desestimarse el segundo motivo de impugnación y confirmar así el importe de la cuota multa impuesta en la sentencia de instancia, lo que comporta la íntegra desestimación del recurso de apelación, todo ello con expresa imposición a la recurrente de las costas procesales de esta alzada, conforme a lo establecido en los artículos 240 y concordantes de la LECr.

CUESTIONES PENALES

No hay constatación objetiva de los malos tratos, y el informe médico forense sobre compatibilidad del estado de la denunciante con el síndrome de mujer maltratada tampoco es concluyente en cuanto no excluye otra etiología de su estado depresivo, que pudiera ser endógena o reactiva a otro detonante, por lo que se absuelve al esposo del delito por el que venía acusado.

AP LLEIDA, SEC. 1.ª, AUTO DE 16 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Fernando Ariste López

En el recurso de apelación interpuesto por la denunciante frente al auto de sobreseimiento provisional de la causa se alega que hay suficientes elementos objetivos para continuar su tramitación, en concreto se cita el parte de lesiones de la denunciante del Hospital Arnau de Vilanova en relación con los hechos denunciados del día 2 de mayo de 2004 en que se hace constar contusión en muñeca y antebrazo izquierdo y dolor cervical, así como la valoración del informe médico forense de que presenta un cuadro compatible con un síndrome de mujer maltratada, y se alega que en febrero del año 2004 coincidiendo con los malos tratos inició un cuadro de artalgias mal definido, diagnosticándosele un síndrome depresivo, como consta en informe médico de la Dra. Virginia de fecha 14 de mayo de 2004. Asimismo se añade que el propio denunciado reconoció que estaba muy alterado cuando fue al bar «La Tasca», que después de discutir con su mujer le cogió la chaqueta de la niña que no le quería dar y se marchó a casa con la niña, y en relación con la cuestión de la credibilidad de la denunciante se aduce que toma medicación para la depresión que produce cierto adormecimiento del organismo. También se alega que en el informe del EATAV se puso de manifiesto que el denunciado reacciona con hostilidad y resentimiento ante un conflicto, que la denunciante tiene dependencia emocional del denunciado y que éste tiene una personalidad de base neurótica, no patológica con elementos depresivos y desconfianza respecto de elementos externos y tendencia al egocentrismo. También se alega que el propio denunciado reconoció ante los mossos d'esquadra que en febrero de 2004 tuvo una discusión con su esposa y cuando se le preguntó si le pegó con la escoba, lo negó aunque dijo que en medio de la discusión cogió una escoba porque la casa estaba desordenada, que su comportamiento en la intimidad difiere de la imagen que presenta ante los demás y que es capaz de poner un cuchillo en la cabeza de su mujer, amenazarla con tirarla por el balcón y arrastrarla por el suelo y que en el bar «La Tasca» cogió por las muñecas a la denunciante tirando de sus brazos y de la sacudida le causó las lesiones que figuran en el parte de asistencia médica y en el informe médico forense.

La ahora apelante expuso en su denuncia de 3 de mayo de 2004 que su marido en el mes de febrero anterior le pegó con el mango de una escoba después de una discusión y que el día 2 de mayo de 2004 tuvo una discusión en el bar «La Tasca» con su marido, quien delante de los clientes del bar la cogió del brazo de forma violenta con mucha fuerza causándole unas lesiones en el brazo y en el cuello, que por la noche en casa tuvieron otra discusión y su marido le puso un cuchillo en la sien diciendo que le era igual rajarla de arriba a abajo y que luego la arrastró por el suelo en dirección al balcón diciendo que no le importaba tirarla por el mismo.

Respecto del concreto incidente en el bar «La Tasca», los testigos presenciales que depusieron en el Juzgado de Instrucción no corroboraron la versión de la denunciante, ni declararon que el denunciado la agarrara para nada, como tampoco lo admitió el denunciado, por tanto de tales declaraciones no cabe inferir malos tratos; por otra parte, no existen signos objetivos de las lesiones que la denunciante le atribuye al denunciado como causados en dicho incidente, ya que no se describen en la historia clínica del Institut Català de la Salut, y en el mismo sentido en el comunicado médico de lesiones del folio 14 figura que la denunciante refiere haber sufrido en el día anterior agresión de su marido en el bar «La Tasca» y que manifestó contusiones en muñeca y en antebrazo izquierdo sin lesiones externas además de que refería dolor en región cervical. Además, en informe médico del hospital Arnau de Vilanova (folio 82) se hace constar que la denunciante padece cervicalgias y braquialgia izquierda hasta la muñeca desde septiembre de 2003. Por otra parte en el informe del EATAV sobre la denunciante (folios 209 y 210) emitido en el proceso matrimonial se destaca en la prueba de personalidad de la misma la desviación en la escala de sinceridad además de la tendencia a la depresión y a la soledad y también que es capaz de manipular la realidad para adaptarla a una versión más aceptable de sí misma. Tampoco se aportan elementos objetivos en relación con la agresión que

denunció referida a febrero de 2004, en la historia clínica figura que acudió el 5 de febrero de 2004 a la consulta por dolor cervicodorsal, pero no se hace referencia alguna a agresión ni hematoma o herida, sino se orienta como posible fibromialgia, por lo que no hay datos objetivos de que el denunciado le agrediera con la escoba y la manifestación de éste de que en el curso de una discusión le quitó la escoba a ella porque la casa estaba descuidada diciéndole que tendrían que solucionar el problema no corrobora que le pegara. En la misma historia clínica aportada a la causa figura que el día 9 de febrero de 2004 se le diagnosticó síndrome depresivo, describiendo los síntomas de contractura muscular, insomnio tratada con diazepan, llanto fácil y falta de líbido pero sin referencia alguna a malos tratos ni agresiones (folio 130), en consecuencia la referencia del informe médico de Doña. Virginia de fecha 14 de mayo de 2004 (folio 54) de que se le diagnosticó a primeros del mes de febrero síndrome depresivo « coincidiendo con el inicio de malos tratos físicos por parte de su pareja» no se corresponde con los datos del historial médico aportado, ante lo cual no puede considerarse como una constatación clínica al margen de las manifestaciones de la propia denunciante al solicitar el informe médico para aportarlo a la causa. En resumen, no hay constatación objetiva de los malos tratos, y el informe médico forense sobre compatibilidad del estado de la denunciante con el síndrome de mujer maltratada tampoco es concluyente en cuanto no excluye otra etiología de su estado depresivo, que pudiera ser endógena o reactiva a otro detonante, y de hecho en el mentado informe del EATAV se detectó su tendencia a la depresión, y en este sentido en el otro informe psicológico del SATAV sobre la denunciante, esta vez en relación con la denuncia de violencia doméstica, no se hace referencia alguna en sus conclusiones al síndrome de mujer maltratada, sino a que la denunciante presenta una personalidad de tipo inmaduro y dependiente emocionalmente que suele conllevar baja tolerancia a la frustración y una fuerte impulsividad cuando no consigue cumplir sus expectativas; y si bien es cierto que el mismo psicólogo informó de que personas como el denunciado en estados de ánimo depresivo reaccionan con hostilidad ante el conflicto también informó que esa ansiedad se expresaría probablemente, en momentos puntuales, en forma de agresividad verbal, y en el otro informe psicológico sobre el denunciado emitido en el proceso matrimonial se indica que su personalidad corresponde al de personas disciplinadas, respetuosas y constreñidas, y que es una persona normativa que le gusta vivir siguiendo las reglas y la moral socialmente establecida. En conclusión con todo lo expuesto las alegaciones del recurso no desvirtúan el criterio del Sr. Juez *a quo* coincidente con el del Ministerio Fiscal y que comparte también la Sala de no quedar debidamente justificada la perpetración del delito que dio lugar a la formación de la causa, lo que conlleva la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación del auto impugnado.

CUESTIONES PENALES

Es procedente la condena como autora de una falta contra los deberes de custodia de los hijos menores al acreditarse que la acusada actuó deliberadamente con intención de impedir que el padre pudiera visitar a su hija.

AP SEGOVIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 2005

Ponente: Ilmo. Sr. don Ignacio Pando Echevarría

Se interpone recurso de apelación por la parte denunciada contra la sentencia dictada en juicio de faltas en la que se le condena como autora de una falta contra los deberes de custodia de los hijos menores a pena de multa.

Como motivos del recurso se alega en primer lugar error en la valoración de la prueba, por considerar que no se ha tenido en cuenta que el padre no podía estar a la hora indicada a recoger a su hija, por no estar la hija en el domicilio y por no corresponderle derecho de visitas ese fin de semana; y en segundo lugar vulneración del artículo 622 CP, por no quedar acreditado que es fin de semana correspondiese al padre el derecho de visitas; y dado que el padre sabía que la menor no estaba allí sino en casa de sus abuelos.

Previamente a entrar en los motivos del recurso se deberá significar que este juzgador ya ha resuelto anterior recurso de apelación (rollo 10/05, juicio de faltas 457/04 del Juzgado núm. 2) sobre los mismos hechos, referidos en aquel caso al fin de semana de 4 de septiembre, y en el que se confirmó la sentencia

absolutoria por no considerar acreditado que ese fin de semana le correspondiese al padre el derecho de visitas y que la madre lo conociese.

Entrando ya en los motivos de recurso, en cuanto al primer argumento relativo al error en la valoración probatoria, deben decirse que aunque la denuncia se interpusiese a las once ello no implica que el padre no acudiese al domicilio a buscar a su hija. Si tiene derecho a estar con su hija desde las once del sábado no hay problema en que acuda minutos antes para estar con ella en exclusiva desde esa hora. Por otra parte los escasos minutos que se tardan en llegar al cuartel de la guardia civil impiden que la hora del atestado se pueda tomar como prueba de su falta de asistencia. En todo caso que acudiese a las once en punto o minutos antes es irrelevante habida cuenta de que la denunciada reconoce que ella no estaba en la casa y niega que estuviese la menor, manifestando su negativa a permitir las visitas, amparándose en una supuesta negativa de la niña.

En cuanto a que la hija no estuviese en el domicilio y este extremo fuese conocido por el padre, como bien pone de relieve la sentencia de instancia, la obligación de la madre es permitir las visitas y la entrega de la menor, que ha de hacerse en el domicilio y no en el de los abuelos. Por lo tanto la cuestión no es tanto si el padre podía imaginarse que estaba en casa de los abuelos, pues podría ser que los abuelos estuviesen en la casa de la madre, sino si la madre sabía que ese fin de semana le correspondía derecho de visitas, en cuyo caso su obligación era tener a disposición del padre a la menor en el domicilio de recogida, no constando que por parte de la denunciada se haya acudido al juzgado de primera instancia para informar del cambio de domicilio de la menor los fines de semana a los efectos de su recogida por el padre.

En tercer lugar y en cuanto a que ese fin de semana no correspondiese derecho de visitas, el juez de instancia desestima esta pretensión en base a considerar que el denunciante había comunicado a la madre por vía telegráfica que le correspondía tener a su hija el fin de semana del 23 de octubre, por lo que a partir de ahí y contando fines de semana alternos el denunciado le correspondería. Frente a ello la recurrente estima que ese cómputo es erróneo, debiéndose contar desde el fin de semana de 4 de septiembre, el primero en que el denunciante lo denunció, para comprobar que no le correspondería el día 20 de noviembre. Este argumento no es admisible desde el momento que la sentencia anterior a la que se ha hecho mención y relativa a dicho fin de semana, expresamente confirmaba la absolución por no existir constancia de que ese fin de semana tuviese derecho a visitas.

En todo caso lo cierto es que la denunciada recibió el telegrama de 20 de octubre, por lo que tenía constancia de los fines de semana en que el denunciante pretendía tener a su hija, a lo que hay que unir que el día 23 de octubre y 6 de noviembre denunció igualmente el incumplimiento, denuncias de las que con seguridad la guardia civil dio traslado a la denunciada. Por lo tanto si ella no estaba de acuerdo con los fines de semana designados por el padre, debió acudir al juzgado a pedir su aclaración o cambio, al igual que en la sentencia anterior se dijo del padre ante la falta de determinación y de constancia por la madre. Si no lo hizo así y sabía que ese fin de semana iba a acudir a buscar a su hija y que no había podido ejercitar el derecho de visitas desde septiembre; la ausencia de la hija en el domicilio y con ello su falta de entrega supone una evidente conducta obstativa al derecho del padre, reconocido tanto en la sentencia de separación como en la entonces reciente de divorcio.

En cuanto a la vulneración del artículo 622 CP, su aplicación indebida se deriva, según la parte de la no apreciación de los errores valorativos que se denuncian en el anterior motivo de recurso, por lo que desestimados éstos ha de considerarse que el precepto ha sido correctamente aplicado.

Como hemos dicho, se considera que ha quedado probado el derecho del padre a estar con la menor el fin de semana de 20 de noviembre. Es cierto que en la sentencia de separación ni en la de divorcio se señala expresamente esta obligación, pero tal alegación nos llevaría al absurdo de tener que hacer constar hasta la mayoría de edad de los hijos la relación numerada de cada fin de semana que corresponde el derecho de visitas. La obligación fijada son fines de semana alternos. Desde septiembre el padre no había podido estar con la menor por no ser entregada por la madre; y en octubre ya le habría comunicado por vía telegráfica que iba a ejercitar ese derecho. Por lo tanto queda constancia de que la madre estaba obligada a permitir, y no sólo permitir sino favorecer y promover la convivencia del padre con su hija, obligación fijada judicialmente y que forma parte de sus deberes de custodia de la menor.

Y existiendo la obligación, su conducta deliberada de impedir dichas visitas, se deriva no sólo de la imposibilidad del padre de estar con su hija, sino de las propias manifestaciones de la actora que traslucen dicha negativa; sin que frente a dicha voluntad obstativa sea oponible el hecho que el padre no fuese a casa de los abuelos a buscar a su hija, pues siendo éstos ajenos a la relación conyugal, sólo habría dado lugar a una negativa por su parte y a un enfrentamiento con los mismos que ni los unos ni el otro tienen por qué soportar cuando la obligada es de la denunciada, que por su comportamiento incumplidor de sus obligaciones se hace acreedora de la pena impuesta.

Revista de Derecho de familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

MATRIMONIO

Matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

RESOLUCIÓN-CIRCULAR DE 29 DE JULIO DE 2005

I. Introducción y marco jurídico español.

1. Vistos los artículos 1, 3, 6, 44, 45, 58, 66, 67, 73 y 74 del Código Civil; 245 y 247 del Reglamento del Registro Civil; las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 1990, de 25 de marzo de 1992, 30 de julio de 1998 y 11 de julio de 2002; las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991, y las Resoluciones de 21 de enero de 1988, 2 de octubre de 1991 y 8 de enero de 2000 y 31 de enero de 2001, y 24-3.ª de enero de 2005.

2. La cuestión que se plantea en esta consulta es la de si pueden válidamente contraer matrimonio entre sí dos personas del mismo sexo siendo una de ellas española y la otra extranjera y si, en caso afirmativo, tienen competencia para ello no sólo las autoridades españolas previstas en el artículo 57 del Código Civil en caso de celebración del matrimonio en España, sino también los Encargados de los Registros Civiles Consulares de España en el extranjero.

3. La reciente Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en el marco de los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad (cfr. artículos 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución) y en el contexto de la actual realidad social española que acoge diversos modelos de convivencia de pareja, ha introducido en nuestro Ordenamiento jurídico la innovación de permitir que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo, con plenitud de igualdad, superando con ello la concepción tradicional de la diferencia de sexos como uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución matrimonial por nuestro Derecho. Así resulta de lo dispuesto en el párrafo segundo que se añade al artículo 44 del Código, conforme al cual «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Ahora bien, la citada Ley 13/2005 no ha introducido ninguna modificación en las normas del Derecho Internacional Privado español, lo que suscita el interrogante de cuál será la ley aplicable a los matrimonios mixtos de español/a y extranjero/a en materia de capacidad matrimonial, en particular por lo que se refiere al posible impedimento de identidad de sexo, o dicho en otros términos, si la permisión de la ley española respecto de los matrimonios integrados por personas del mismo sexo se extiende también en presencia de elementos personales de extranjería, esto es, cuando uno o ambos contrayentes sean de nacionalidad extranjera.

II. La ley aplicable en materia de capacidad matrimonial.

1. La capacidad matrimonial se ha de regir, conforme al Derecho conflictual español, por la ley personal del individuo, esto es, la determinada por su nacionalidad (cfr. artículo 9 núm. 1 CC), siendo así que el contenido de tal Ley puede mantener como requisito esencial del matrimonio la condición heterosexual de sus miembros, como ha sucedido en España hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

En efecto, no puede caber duda sobre el sometimiento de la capacidad matrimonial al estatuto personal determinado por la nacionalidad de la persona, en tanto que ley aplicable, a la vista del artículo recién citado de nuestro Código Civil. Así lo confirman, además, las siguientes consideraciones:

a) el artículo 9 núm. 1 del Código Civil, en cuanto que expresión de un principio general en la reglamentación de la ley aplicable a las materias tradicionalmente incluidas en la categoría de estatuto personal, queda sujeta a algunas excepciones en materia de capacidades especiales –por ejemplo la capacidad para adoptar (crf. artículo 9 núm. 5

CC)–, pero es lo cierto que entre tales excepciones no se encuentra la capacidad para contraer matrimonio;

b) la regla de conflicto del Derecho español en esta materia coincide, además, con la acogida por el Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial (cfr. artículo 1), y con el contenido de la Recomendación de la misma Comisión Internacional del Estado Civil, adoptada en Viena el 8 de septiembre de 1976, relativa al derecho al matrimonio, y que parte de la premisa previa de la competencia de los Estados miembros para regular los requisitos, capacidad e impedimentos para contraer matrimonio;

c) recientemente, en la misma línea apuntada, el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000/3480), firmada el 7 de diciembre de 2000, proclama que «el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las Leyes nacionales que rigen su ejercicio», admitiendo, pues, su consideración como derechos de configuración legal, correspondiendo la competencia legislativa en la materia a los respectivos Estados miembros sobre sus propios nacionales. Así lo ha sostenido también reiteradamente el Tribunal Supremo (*vid.* Sentencias de 29 de mayo de 1970 y 22 de noviembre de 1977) y esta Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.* Resoluciones de 6-1.ª de noviembre de 2000, 24-3.ª de mayo de 2002 o, más recientemente, en la de 24-3.ª de enero de 2005, entre otras muchas).

2. Dentro de la categoría de «capacidad matrimonial» se engloban, además de la capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial, la ausencia de impedimentos matrimoniales. Y es que si bien el derecho a contraer matrimonio es reconocido, en principio, a todas las personas (cfr. artículos 44 del Código Civil, 32 de la Constitución española, 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos), no se trata de un derecho sin limitaciones o incondicionado. Así, la Constitución establece en el precepto citado que la Ley regulará «la edad y capacidad» para contraerlo, mandato constitucional desarrollado por el Código Civil que establece especiales requisitos de capacidad a través de los denominados impedimentos matrimoniales, en particular en sus artículos 46 y 47. Unos y otros tienen carácter dirimente en el sentido de que si se contrae un matrimonio a pesar de la existencia de un impedimento, el matrimonio será nulo.

Tales impedimentos han sido tradicionalmente clasificados en dos grupos según que imposibiliten la celebración del matrimonio con cualquier persona, denominados por ello absolutos o unilaterales, o sólo con respecto a determinadas personas, conocidos como relativos o bilaterales. Entre estos últimos se citan los impedimentos de edad y de ligamen, y entre los primeros los de parentesco y el de muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Es en esta categoría, por su carácter relativo y no absoluto, en la que parte de la doctrina científica viene incluyendo el impedimento de identidad de sexo.

La consecuencia que se derivaría de esta calificación desde el punto de vista del Derecho conflictual a efectos de determinar la ley aplicable es que, frente a la aplicación distributiva de las leyes personales de ambos contrayentes propia de los impedimentos unilaterales, en este caso la solución al conflicto de leyes que se produce al concurrir en el supuesto de los matrimonios mixtos las leyes nacionales de los contrayentes de diferente nacionalidad es la de su aplicación cumulativa. En cualquier caso, lo anterior supone que la validez del matrimonio queda condicionada a que ambos contrayentes respeten su respectivo estatuto personal, esto es, que cumplan los requisitos de capacidad impuestos por sus correspondientes leyes nacionales. En definitiva, sucede en sede de matrimonio lo mismo que en relación con cualquier otro negocio jurídico: el defecto de capacidad en uno solo de los contratantes vicia de nulidad todo el negocio, y ello sin perjuicio de los efectos que se hayan de reconocer al matrimonio putativo. No corresponde a este Centro Directivo valorar si la opción del legislador a favor de la conexión «estatuto personal» presenta más ventajas (evitación de fraude de ley y de matrimonios claudicantes y prevención del denominado «turismo matrimonial») o mayores inconvenientes (imposición de la ley más severa, solución contraria al *favor matrimonii*), sino la de interpretarla en el marco del conjunto del Ordenamiento jurídico español, teniendo presente a tales efectos que en sede de matrimonios entre personas del mismo sexo, dada la fecha de redacción del vigente artículo 9 núm. 1 del Código Civil procedente de la reforma de su Título Preliminar aprobada por Real Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, la reciente admisión de los citados matrimonios operada por la Ley 13/2005 supone la posible existencia de una laguna axiológica en la materia, extremo sobre el que después se volverá.

III. Supuestos de validez del matrimonio entre español/a y extranjero/a del mismo sexo con arreglo al criterio del estatuto personal.

Con arreglo a lo hasta ahora expuesto, y presupuesta la concurrencia de los demás requisitos legales, no cabe duda de la validez, a los efectos del Ordenamiento jurídico español, del matrimonio

entre personas del mismo sexo, en los siguientes supuestos internacionales:

a) matrimonio entre dos contrayentes españoles, aun contraído en el extranjero, y ello tanto si el país de celebración admite el matrimonio entre personas del mismo sexo o no (ello siempre que se respeten los requisitos de «forma» en cuanto a la celebración y de competencia de la autoridad que lo autorice);

b) matrimonio celebrado en España entre contrayente español y contrayente extranjero cuando su nacionalidad sea la de un país cuya legislación permita el matrimonio entre personas del mismo sexo (en la actualidad, éste sería el caso de Holanda, Bélgica y Canadá);

c) matrimonio en España entre contrayente español y contrayente extranjero nacional de un país cuyas leyes materiales no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero cuyas normas de Derecho Internacional Privado fijen puntos de conexión en materia de requisitos para la celebración del matrimonio distintos al de la *lex patriae* del contrayente y que supongan que la Ley aplicable resulte ser la española. Dicho en otros términos, el matrimonio será válido cuando la norma de conflicto extranjera del país que corresponda a la nacionalidad del consorte extranjero reenvíe a la ley española, por fijar como punto de conexión en los supuestos internacionales en materia de capacidad matrimonial bien el domicilio de los contrayentes y hallarse éstos domiciliados en España (éste sería el caso, por ejemplo, de Inglaterra, Gales y Escocia), bien el lugar de celebración del matrimonio y éste tenga lugar en España (éste sería el caso de Suiza, Australia o Islandia); debiendo entenderse que este reenvío cumple las exigencias del artículo 12 núm. 2 del Código Civil, conforme al cual «La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española», que consagra el denominado reenvío de retorno o de primer grado. Mayor dificultad presenta el caso en el que la norma reenviada sea la de un país, distinto de España, que también admita el matrimonio entre personas del mismo sexo, si bien la interpretación de que el reenvío de retorno autorizado por el artículo 12 núm. 2 del Código Civil es un «reenvío materialmente orientado» en el sentido de favorecer la solución dada al caso por la Ley española, y el resultado contrario al *favor matrimonii* que se derivaría de excluir la aplicación de la norma extranjera receptora del reenvío materialmente coincidente con la Ley española en la materia, deben de llevar a la conclusión en este punto de la validez del matrimonio en tales casos;

d) matrimonio celebrado en el extranjero entre español y extranjero cuando la ley aplicable a la capacidad matrimonial de este último sea, conforme a sus normas de conflicto, bien por acudir al criterio del domicilio de los contrayentes bien por regirse por la del lugar de celebración, la de un país cuya legislación sustantiva autorice el matrimonio entre personas del mismo sexo;

e) respecto de los matrimonios entre personas del mismo sexo en que uno o los dos contrayentes sean españoles plurinacionales, han de ser considerados válidos a los efectos del Ordenamiento jurídico español, y ello a pesar de que las leyes materiales correspondientes a la otra u otras nacionalidades del sujeto no admitan el matrimonio de personas del mismo sexo, por cuanto, a salvo lo dispuesto en los Tratados internacionales, en los supuestos de doble nacionalidad de «facto» ha de prevalecer en todo caso la nacionalidad española (cfr. artículo 9 núm. 9 del Código Civil). La misma solución debe entenderse extensiva respecto de los apátridas o de las personas con nacionalidad indeterminadas, cuando tuvieren su residencia habitual en España, por aplicación de lo dispuesto por los artículos 12 núm. 1 del Convenio de Nueva York, de 28 de septiembre de 1954 sobre Estatuto de los Apátridas, y 9 núm. 10 del Código Civil, respectivamente;

f) finalmente, a la lista anterior, cabe adelantar ahora, se ha de añadir el supuesto de los matrimonios celebrados entre extranjeros del mismo sexo residentes en España, incluso en el caso de que ninguna de sus respectivas leyes nacionales permitan tales matrimonios, y ello en base a criterios distintos de los vinculados al estatuto personal de los contrayentes, según se desprende de las consideraciones que después se harán.

IV. Supuesto de matrimonios entre españoles y extranjeros del mismo sexo en los que las normas de conflicto conduzcan a una ley material aplicable que no admita tales clases de matrimonio.

Como consecuencia de lo antes expuesto, las dudas quedan reducidas a los supuestos de matrimonios entre españoles y extranjeros del mismo sexo en los que las normas de conflicto conduzcan a una ley material aplicable que no admita tales clases de matrimonios.

Las dudas indicadas están centradas, en lo que ahora interesa, en tres extremos: a) la consecuencia de la nulidad de tales matrimonios derivada de la aplicación de las leyes extranjeras materialmente prohibitivas en la materia sería compatible con el orden público internacional español o no; b) tal consecuencia de nulidad constituiría, en su caso, un trato discriminatorio entre españoles y extranjeros atentatorio al principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución o, dicho en otros

términos, la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, ha supuesto o no la inconstitucionalidad parcial y sobrevenida del artículo 9 núm. 1 del Código Civil, como sugiere el escrito de una de las diversas consultas elevadas a este Centro Directivo sobre la materia; c) realmente la identidad de sexo, desde el punto de vista de la calificación a los efectos de determinar la norma de conflicto aplicable es un impedimento que afecta a la capacidad para contraer matrimonio, o por el contrario debe ser considerado como un requisito objetivo de la institución matrimonial en aquellos países que mantienen la heterosexualidad como condición necesaria, y no subjetivo de la persona de los contrayentes.

V. El orden público internacional español en materia de capacidad matrimonial.

En cuanto a la primera de las dudas enunciadas, ha de recordarse que la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales, básicos e irrenunciables del Derecho español. Cuando la Ley extranjera incurre en tales vulneraciones dicha Ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles (artículo 12.3 CC), que en su lugar han de aplicar la Ley española, como *lex fori*. Ahora bien, debe igualmente recordarse el carácter restrictivo del orden público internacional, de tal forma que no todos los valores incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico ordinario pueden alcanzar tal calificación de superiores, esenciales e irrenunciables, siendo así que esta calificación requiere consagración constitucional y alcance internacional, dada la importancia que tiene el método comparatista y trasnacional como instrumento de decantación de los principios jurídicos protegidos por la cláusula de orden público internacional por su condición de principios esenciales comunes a una pluralidad de países. Hay que destacar que la cláusula del orden público internacional ha sido aplicada con frecuencia en nuestro Derecho, y en particular, en la doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, en materia de capacidad matrimonial. Así, se ha rechazado la aplicación de la ley extranjera alegando excepción de orden público en los siguientes casos:

a) leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto (cfr. Resoluciones de 14 de diciembre de 2000 y 4-7.ª de diciembre de 2002, entre otras);

b) leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, en particular respecto de las leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán (cfr. Resoluciones de 7 de junio de 1992 y 10-1.ª de junio de 1999);

c) leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España (*vid*. Resolución de 24-3.ª de enero de 2005);

d) leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre niños, es decir, respecto de menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento de edad es dispensable (*vid. a sensu contrario*, Resolución de 15-3.ª de junio de 2004).

e) finalmente, se ha de añadir a esta lista la cita de la reciente Resolución de este Centro Directivo de 7-1.ª de julio de 2005 relativa a las leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos.

La Dirección General de los Registros y del Notariado no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el supuesto de una posible intervención del orden público internacional español ante la hipótesis de matrimonio entre personas del mismo sexo de nacionalidad extranjera en caso de que, por adquisición sobrevenida de la nacionalidad española de una de ellas, dicho matrimonio, anterior a la entrada en vigor de la reciente Ley 13/2005, de 1 de julio, hubiese pretendido su acceso al Registro Civil español. No obstante, parece clara la improcedencia de la excepción de orden público en tales casos, aun antes de la entrada en vigor de la citada Ley, dada la amplia admisión en nuestro Derecho de la figura de las uniones estables de pareja entre homosexuales desde la aprobación de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, posteriormente seguida de otras muchas leyes autonómicas, siendo así que el concepto de orden público internacional español, por su propia naturaleza, debe considerarse indivisible y único para el conjunto de España.

No obstante, y aun con todo, tampoco resulta fácil la invocación del orden público en sentido contrario, esto es, para excluir la aplicación de las leyes extranjeras que desconocen o impiden el matrimonio entre personas del mismo sexo, a tenor de la jurisprudencia sentada en tal materia por el Tribunal Constitucional. Así en concreto, el Auto 222/1994, de 11 de julio, del Tribunal Constitucional, ha afirmado que la unión matrimonial entre personas del mismo sexo biológico no es una institución respecto de la que exista un derecho constitucional a su establecimiento, a diferencia del matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (STC 184/1990). Se trata de una institución que se fundamenta en los valores constitucionales de la igualdad efectiva de los ciudadanos, en el libre

desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución) y en el principio de no discriminación por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) –*vid*. preámbulo de la Ley 13/2005–, pero cuyo establecimiento, según la consideración del Tribunal Constitucional, debe ser objeto de consideración y decisión por parte del legislador ordinario, delegación axiológica que remitiría a este último la protección de aquel valor. Tampoco coadyuva a alcanzar una conclusión concluyente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en sus Sentencias de 17 de octubre de 1986 y 27 de septiembre de 1990 ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma, por entender que la regulación y garantía del *ius nubendii* entre personas del mismo sexo queda remitida a la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante Leyes el ejercicio del derecho de casarse. Ahora bien, el hecho de que el legislador español, en base a tal remisión, haya regulado mediante la Ley 13/2005 el *ius connubii* de forma tal que acoge en el mismo la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, pone de manifiesto una situación en la que resulta patente el paralelismo y similitud con los supuestos en que esta Dirección General ha invocado la excepción del orden público para excluir la aplicación de leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre personas de distinta religión (*disparitas cultus*) o de aquellas otras que, por no reconocer un cambio legal de sexo judicialmente declarado, impiden el matrimonio de un transexual extranjero por persona de su mismo sexo cromosómico, pero distinto sexo legal, similitud que debe conducir a acoger la misma solución de la exclusión en la aplicación de la ley extranjera en el caso ahora considerado por razones de analogía.

La conclusión anterior se refuerza a la luz de la consideración de que el Encargado del Registro Civil español no debe operar, desde el punto de vista de las funciones que tiene atribuida, como «guardián» del sistema legal extranjero por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio no producirá efectos. Son las autoridades extranjeras las que deben decidir si el matrimonio contraído en España entre personas del mismo sexo surte efectos en tal país extranjero o no los surte por resultar contrario a su orden público internacional. En definitiva esta tesis parece la más correcta ante el silencio de la Ley 13/2005 en relación con los supuestos internacionales de matrimonios entre personas del mismo sexo.

VI. El principio constitucional de igualdad y su alcance respecto de los extranjeros residentes en España.

En cuanto a la posible vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución por razón del distinto trato dado en materia de matrimonio entre españoles y extranjeros, ha de recordarse la jurisprudencia constitucional sobre la materia. A este respecto se debe destacar la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1984 (núm. 107/1984, rec. 576/1983), conforme a cuya doctrina «cuando el artículo 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a «los españoles». Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, «son iguales ante la Ley», y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros.

La inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible ... Y no es argumento bastante porque no es únicamente el artículo 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España.

En efecto, a tenor del artículo 13 de la Constitución «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley». Ello supone –a juicio del Alto Tribunal– que «el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la Ley». Ahora bien, ello no supone, como advierte el Tribunal, que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados –dentro de su específica regulación– de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal. De modo que esta configuración puede: a) prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciuda-

danía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles; b) puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida, y en tal caso, como es obvio, queda excluida *a priori* la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad.

En consecuencia el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, según nuestra jurisprudencia constitucional, depende del derecho afectado. Así hay derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, otros que en ningún caso pertenecen a los extranjeros (cfr. artículo 23 CE), y finalmente otros que «pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio». A la vista de lo afirmado por el propio Tribunal Constitucional en su Auto 222/1994, de 11 de julio, antes referido, a esta tercera categoría debe asimilarse el derecho al matrimonio. Así resultaría también del hecho de la ubicación sistemática del artículo 32 en la Sección 2.ª del Capítulo segundo del Título Primero de la Constitución, esto es, entre los «derechos y deberes de los ciudadanos», y no en la Sección 1.ª reservada para los «Derechos fundamentales y las libertades públicas». En consecuencia no se puede sostener la tesis de una inconstitucionalidad sobrevenida y parcial del artículo 9 núm. 1 del Código Civil por atentar contra el principio constitucional de igualdad al determinar un trato distinto para los españoles y los extranjeros en función de la utilización del criterio de conexión «estatuto personal» con la eventual consecuencia de privar de acceso al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo a los extranjeros cuyo estatuto personal no se lo permita.

VII. La calificación de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial. Existencia de una laguna legal en nuestro derecho internacional privado y criterios para su integración.

Finalmente, hemos de volver a examinar la consideración que ha de merecer el requisito de la diversidad de sexos desde la perspectiva de su calificación a efectos de determinar la norma de conflicto aplicable, lo cual en este caso es determinante por cuanto que nuestro Derecho Internacional Privado no cuenta con una regla conflictual que fije la ley aplicable a todos los requisitos del matrimonio, a modo de *lex matrimonii*, ni tampoco dispone de una específica norma consagrada a señalar la ley aplicable a la «capacidad matrimonial», por lo que la reconducción de dicha materia al estatuto personal de la ley nacional no deja de ser el resultado de un silogismo interpretativo, bien que ampliamente extendido en la doctrina científica y en la oficial de este Centro Directivo.

A este respecto no debe olvidarse que tal «calificación» se ha de realizar con arreglo a la Ley española (cfr. artículo 12 núm. 1 CC). En tal sentido no es ocioso recordar cómo los impedimentos matrimoniales vienen recogidos en los artículos 46 y 47 del Código Civil, alusivos respectivamente a los absolutos o unilaterales y a los relativos o bilaterales, respectivamente, siendo así que en ninguno de ellos se menciona el impedimento de identidad de sexo. De otro lado, una parte significativa de nuestra doctrina científica al tratar de los requisitos subjetivos del matrimonio abordan separada y diferencialmente los impedimentos, la incapacidad o falta de aptitud para prestar el consentimiento matrimonial y, finalmente, el requisito de la diversidad de sexo, que vienen a considerar como elemento constitutivo o esencial del propio derecho «a contraer matrimonio». Se traen a colación estas opiniones doctrinales no para someterlas al contraste con el Derecho positivo vigente hoy en España, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, sino para subrayar la idea de que la «diversidad de sexos», en la concepción tradicional, o la posible «identidad de sexos», en la concepción legal ahora vigente, es elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada. De hecho, como destaca el Preámbulo de la reiterada Ley 13/2005 «la regulación del matrimonio en el Derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales. Su origen radica en el Código Civil francés de 1804, del que innegablemente trae causa el español de 1889. En este contexto, el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas del mismo sexo; de hecho, en tal diferencia de sexo se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el Derecho del Estado y por el Derecho canónico. Por ello, los Códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad

dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial». Claramente se aprecia en este texto la idea, vigente en España hasta la reciente reforma, de la diversidad de sexos como elemento estructural, constituyente de la propia institución, más que como requisito subjetivo de capacidad de sus miembros.

En este sentido el desconocimiento por parte de numerosos Ordenamientos jurídicos extranjeros actuales del matrimonio como institución abierta a las parejas del mismo sexo y la paralela inexistencia de norma de conflicto específica en nuestro Derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a su concepción tradicional y a la capacidad subjetiva de los contrayentes, son factores que puestos en conexión determinan la existencia de una laguna legal al respecto en nuestro Derecho conflictual, lo que supone la necesidad de activar los mecanismos legales de la interpretación integradora con objeto de cubrir tal laguna. Y desde este punto de vista el artículo 9 núm. 1 del Código Civil constituye la expresión de un principio general del Derecho que, en cuanto tal, no puede actuar de forma excluyente, sino en concurrencia con otros principios y valores jurídicos, que en conjunto y no aisladamente deben actuar para decantar la solución aplicable al caso.

Y la solución a tal laguna no puede ser otra que la de acudir a la aplicación de la ley material española, según resulta de la concurrencia de los siguientes argumentos a su favor:

a) la analogía con la figura de las «parejas de hecho homosexuales» reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión bien como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, acuden preferentemente a la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros;

b) la proximidad *forumius;*

c) el principio general de nuestro Derecho civil del *favor matrimonii;*

d) la consideración del *ius nubendii* como derecho fundamental en nuestro Ordenamiento constitucional (artículo 32) puesto en conexión con la extensión de la prohibición de toda discriminación a las ejercidas por razón de «orientación sexual», acogida novedosamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en su artículo 21 como categoría autónoma y distinta de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos había asociado tradicionalmente a las discriminaciones de género (Sentencias de 17 de octubre de 1986 –Caso Rees contra Reino Unido–, de 27 de septiembre de 1990 –Caso Cossey contra Reino Unido–, de 27 de septiembre de 1999 –Caso Smith y Grady contra Reino Unido-), hasta su Sentencia de 21 de diciembre de 1999 –Caso Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal– y 31 de julio de 2000 –Caso A.D.T. contra Reino Unido– en que se afirma la existencia de violación de los artículos 8 y 14 del Convenio, por apreciar la existencia de una discriminación por razón de «orientación sexual»;

e) la vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución;

f) la necesidad de interpretar las leyes con arreglo a la «realidad social del tiempo en que han de aplicarse» (artículo 3 CC), siendo así que en la actualidad en España se viven de forma coetánea los fenómenos del reconocimiento social de muy diversas formas de convivencia familiar y el de una intensa inmigración, cuya integración reclama la ampliación de los espacios jurídicos de reconocimiento del estatuto personal basado en la residencia habitual, como pone de manifiesto la reciente reforma del artículo 107 del Código Civil operada por Ley 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de ley aplicable a la separación y el divorcio;

g) finalmente, ésta fue también la solución que alumbró la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932 para permitir el divorcio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época esta institución (*vid.* Sentencias de 27 de enero de 1933, 10 de julio de 1934 y 4 de diciembre de 1935).

Todo ello conduce a la obligada conclusión de que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero, sin perjuicio en este último caso del obligado cumplimiento de los requisitos de forma y competencia a que se refiere el siguiente apartado.

VIII. Competencia de la autoridad española para celebrar el matrimonio.

Según lo dispuesto en el artículo 57 del Código Civil, redactado conforme a la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, la competencia para autorizar el matrimonio civil en España incumbe al Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes. Con indepen-

dencia de quién celebre el matrimonio –juez, alcalde o concejal– la instrucción del expediente de matrimonio corresponde siempre al Juez del domicilio de cualquiera de los contrayentes.

Dos extranjeros pueden contraer matrimonio en España siempre que, al menos, uno de los contrayentes tenga su domicilio en territorio español (Resolución DGRN de 29 de agosto de 1992).

Por lo tanto, esta regla de competencia de autoridades, que no ha sido alterada por la Ley 13/2005, constituye un primer filtro para evitar la celebración en España de matrimonios entre personas que no tengan ninguna vinculación con el ordenamiento español. No obstante, la regulación de la competencia no resuelve todos los problemas relacionados con el fuero de conveniencia. Con dicha regulación se puede prevenir el *forum shopping*. Sin embargo no es suficiente para dar respuesta a todos los supuestos en que –admitida que la competencia de la autoridad española no es exorbitante y no fomenta el fenómeno del «turismo matrimonial»– aparece un elemento de extranjería.

Como es sabido, cuando dos personas, españolas o extranjeras, desean celebrar matrimonio entre sí, es preciso, como regla general, instruir un «expediente matrimonial» previo. Para el matrimonio en forma civil, evangélica y hebraica, en dicho expediente se deben acreditar, al menos, estos extremos: a) las «menciones de identidad» de los contrayentes; b) los requisitos de capacidad nupcial legalmente exigidos, que son, básicamente, la edad, la no concurrencia de impedimentos matrimoniales, y el sexo; c) que no concurre ningún otro «obstáculo legal» para la celebración del matrimonio (artículo 246 RRC), lo que, en la práctica, incluye también la autenticidad «anticipada» del consentimiento matrimonial, al objeto de evitar la celebración de «matrimonios de complacencia » [RDGRN (4.ª) de 26 de enero de 2005]. El instructor oye reservada y separadamente a los contrayentes y dicta un «auto» que autoriza o deniega la celebración del matrimonio.

En el caso de matrimonio a celebrar en España en forma civil, hebraica o evangélica, es necesario instruir el expediente matrimonial previo ante autoridades civiles españolas [RDGRN (2.ª) 15 de septiembre de 2004]. Tales autoridades son las siguientes:

a) Autoridades civiles españolas en España. El instructor puede ser el juez Encargado del Registro civil, el Alcalde o Concejal del municipio donde se celebre el matrimonio, u otro funcionario designado reglamentariamente. Pero para que el expediente matrimonial pueda instruirse ante autoridades civiles españolas en España, es preciso que alguno de los contrayentes tenga su domicilio en España y, en concreto, en la demarcación que corresponde al instructor del expediente matrimonial (Consulta DGRN de 23 de diciembre de 2004). Si ninguno de los contrayentes tiene domicilio en España, no existe autoridad competente para instruir el expediente matrimonial previo y el matrimonio no puede celebrarse en España (Consulta DGRN de 23 de diciembre de 2004).

b) Funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el extranjero. Esta opción sólo es posible en el caso de contrayentes domiciliados en el extranjero. Finalizado con éxito el expediente, los cónyuges pueden solicitar una delegación en favor de una autoridad civil española ante la que se desea prestar el consentimiento, como un Alcalde o Juez español (Consulta DGRN de 9 de junio de 2004). En definitiva, la intervención de las autoridades españolas, tanto en España como en el extranjero, a efectos de instruir o de autorizar un matrimonio, excepción hecha de los supuestos de delegación, requiere como elemento determinante del reconocimiento de competencia a favor de dichas autoridades que el domicilio de alguno de los contrayentes esté fijado en España o en la respectiva Demarcación consular. En los demás casos, la hipótesis de un matrimonio entre personas, extranjeras, del mismo sexo, a celebrar en España, es un problema inexistente desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado español, ya que al faltar el presupuesto legal de la competencia a favor de alguna autoridad española carece de sentido interrogarse acerca del problema de la ley aplicable.

IX. Requisitos especiales de los matrimonios mixtos entre personas del mismo sexo celebradas en el extranjero ante autoridad española. La especialidad del matrimonio consular.

Respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero entre español/a y extranjero/a o entre españoles, en el caso de que no se opte por la forma prevista por la ley del lugar de celebración, sino por las formas civiles prescritas por el Derecho español (cfr. artículo 49 núm. 1 CC), elmatrimonio podrá celebrarse ante la Autoridad consular española correspondiente, lo que da lugar al denominado matrimonio consular. El matrimonio consular es un matrimonio civil celebrado ante el Encargado del Registro Civil Consular, especialmente previsto por el artículo 51 núm. 3 del Código Civil, conforme al cual será también competente para autorizar un matrimonio civil «el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero».

En tal caso, la celebración válida del matrimonio está sujeta a los siguientes requisitos especiales:

1.º Al menos uno de los contrayentes ha de ser nacional español. En tal sentido se ha de recordar que, según resulta claramente del artículo 49 del Código Civil, los Cónsules de España en el extranjero carecen de facultades para autorizar el matrimonio de dos extranjeros (Consulta DGRN de 18 de marzo de 2002). En consecuencia tampoco resulta posible que se instruya en el Consulado español el expediente previo para la celebración del matrimonio civil de dos extranjeros, por más que éstos pretendan contraer matrimonio en España o en otro país extranjero por delegación a favor de Juez, Alcalde o funcionario diplomático de otra población (artículos 57 CC y 250 RRC). Esta conclusión, como puso de manifiesto esta Dirección General de los Registros y del Notariado en la Consulta antes aludida, está respaldada, además, por los principios generales de la actuación registral de los Encargados de los Registros Consulares, pues esta actuación está limitada al caso de que el hecho en cuestión afecte a españoles (artículos 15 LRC y 250 RRC).

2.º Al menos uno de los contrayentes debe estar domiciliado en la Demarcación consular correspondiente, según se deduce del artículo 51.3 y 57 del Código Civil, pues este último atribuye la competencia para la celebración del matrimonio al funcionario «correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes», por lo que faltando el vínculo del domicilio falta el presupuesto legal de la competencia para autorizar el matrimonio.

3.º Finalmente, el Estado receptor del Cónsul no debe oponerse a que éste celebre matrimonios en su territorio. En efecto, la competencia reconocida en general a los Cónsules de España en el extranjero para autorizar el matrimonio civil de cualquier español (artículos 49, 51 y 57 CC), cesa cuando se oponen a esta actividad de funcionario del Registro Civil las leyes y reglamentos del Estado receptor, conforme resulta del artículo 5.f) del Convenio de Viena de Relaciones Consulares, ratificado por España.

Lo anterior supone que:

a) En los países cuyas leyes no reconocen facultades a los Cónsules extranjeros acreditados en los mismos para autorizar matrimonios en ningún caso, o bien condicionadamente a que uno de los contrayentes sea de la nacionalidad de dicho país, los Cónsules españoles deben abstenerse de autorizar tales matrimonios aunque el otro contrayente sea español (Resolución DGRN de 15 de septiembre de 1995).

b) Por el mismo motivo la Instrucción de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 1995 recuerda que, si bien por aplicación de los artículos 57 núm. 2 del Código Civil y 250 del Reglamento del Registro Civil es posible, a petición de los contrayentes, que, una vez concluido favorablemente el expediente previo para la celebración del matrimonio civil, la prestación del consentimiento tenga lugar, por delegación del instructor, ante el Encargado del un Registro Civil Consular, la competencia de éste no es absoluta, sino limitada por el obligado respeto a las leyes y reglamentos del Estado receptor [artículo 5.f) del Convenio de Viena de 1963], por lo que acordó comunicar a todos los Jueces Encargados de los Registros Civiles municipales que «deben abstenerse de delegar la autorización del matrimonio en los Encargados de los Registros Consulares cuando las normas del Estado en que están acreditados no permiten a los Cónsules españoles autorizar matrimonios civiles en ningún caso. Esto es lo que sucede para las representaciones consulares acreditadas en Austria, Dinamarca, Reino Unido, Suiza, Uruguay, Venezuela y Guatemala, de modo que la delegación no debe realizarse a favor de Encargados de Registros Consulares en los países mencionados». La misma conclusión se ha de aplicar respecto de todos aquellos otros países en que la citada restricción funcional respecto de los Cónsules españoles se imponga limitadamente para los supuestos de matrimonios de español con extranjero nacional del país receptor del Cónsul (Resolución DGRN de 8 de enero de 1987). Esta prohibición podrá revestir la forma de limitación expresa y específicamente referida a la competencia de los Cónsules acreditados en el país, o bien presentarse bajo la modalidad de vulneración a las exigencias formales impuestas en tales países a los matrimonios. Esto es lo que sucede precisamente en España que considera nulos por aplicación del artículo 73 núm. 3 del Código Civil los matrimonios celebrados en las Representaciones Diplomáticas y Consulares acreditadas en España entre un extranjero/a y un español/a, a diferencia de los matrimonios entre extranjeros perfectamente válidos cuando así lo permite la ley personal de cualquiera de ellos (cfr. artículo 50 CC y Resolución DGRN de 1-1.ª de junio de 2005, entre otras muchas), por lo que recíprocamente ha de aceptarse una restricción similar en el ejercicio de las funciones de las Oficinas Consulares españolas en el extranjero.

Finalmente, y como consecuencia de la misma limitación impuesta por el artículo 5.f) del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 sobre Relaciones Consulares que impide, como se ha dicho, que las funciones consulares se ejerzan en oposición a las leyes y reglamentos del Estado receptor, lo que sujeta a las Representaciones Consulares españolas en el extranjero a un deber de respeto y no vulneración del Ordenamiento jurídico del país de acogida, los Cónsules españoles deben abstenerse,

por falta de competencia, de autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo en caso de que a ello se opongan las leyes del Estado receptor.

No obstante, los inconvenientes derivados de las limitaciones competenciales de los Cónsules españoles en el extranjero pueden obviarse mediante el mecanismo de la delegación que permite el artículo 57 núm. 2 del Código Civil. Así se deduce de la doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado al estimar que en los casos en que el Encargado del Registro Consular español no esté facultado, por oponerse a ello las leyes del país receptor, para autorizar un matrimonio entre un nacional de dicho país y un español (cfr. artículo 5 del Convenio de Viena de relaciones consulares), sí tiene competencia para instruir, como Encargado del Registro civil del domicilio del promotor (cfr. artículo 238 RRC), el expediente previo para la celebración del matrimonio, de tal modo que la prestación del consentimiento, por delegación del instructor, se realice ante el Encargado en España de otro Registro Civil –aplicando las previsiones de los artículos 57, II, CC y 250 RRC (Resoluciones DGRN de 15 de septiembre de 1995 y 10-4.ª de julio de 2002 e Instrucción núm. 304 de 28 de agosto de 1990 de la Dirección General de Asuntos Consulares).

X. El reconocimiento en España de los matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles o entre españoles/as y extranjeros/as del mismo sexo antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio.

Finalmente resta por examinar la cuestión de la situación jurídica en que se encuentran los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados por ciudadanos españoles con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005 en países extranjeros que a la fecha de su celebración permitían dichos matrimonios.

Se plantea pues en este punto la cuestión de la aplicación de la nueva norma no ya en el espacio, sino en el tiempo, partiendo en este caso de la omisión en la nueva Ley no de una regla de conflicto, como antes se ha examinado, sino de una norma transitoria que dé base a una extensión retroactiva del nuevo régimen legal a hechos pretéritos. Y ya se puede avanzar que la solución a fin de cubrir la falta de expresa previsión normativa al respecto no ha de diferir de la que se ha mantenido a fin de cubrir la laguna legal en materia conflictual. El dato esencial del que se ha de partir en la interpretación de la cuestión es la de que la diversidad/identidad de sexos está ligada a la propia concepción del matrimonio, forma parte constitutiva de su propia naturaleza institucional, por lo que no se ha de abordar el problema desde la perspectiva de la capacidad matrimonial, lo que podría suponer la apreciación de un vicio de nulidad no convalidable por falta de capacidad en tales matrimonios. Buena prueba de que tal planteamiento no es el correcto es la de que si se repasan exhaustivamente las causas de nulidad del matrimonio recogidas en el artículo 73 del Código Civil no se encontrará en dicho elenco ninguna vinculada a la identidad de sexos de los contrayentes. Por ello la cuestión hace tránsito a la del reconocimiento por España de una institución, la del matrimonio de personas del mismo sexo, legalizada antes que en España en otros tres países (Holanda, Bélgica y Canadá), y que ha de afectar a las relaciones jurídico-matrimoniales constituidas al amparo de la legislación de alguno de estos países antes de la entrada en vigor para España de la Ley 13/2005, y ello incluso en el caso de que ninguno de sus contrayentes fuere español. En definitiva, si es patente que España reconoce el divorcio vincular como causa de disolución del matrimonio obtenido por resolución judicial extranjera anterior a la admisión del divorcio en España por la reforma del Código Civil introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, igualmente se ha de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridad extranjera antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

No puede oponerse a lo anterior la falta de eficacia retroactiva de las leyes que no dispongan lo contrario (cfr. artículo 2 núm. 3 CC), ya que el problema no es el de una aplicación retroactiva de la nueva norma, sino el del reconocimiento actual de una institución antes desconocida en España, la del matrimonio de personas del mismo sexo. Pero es que, además, no resulta impertinente en esta materia hacer una aplicación analógica de la Disposición Transitoria Primera del Código Civil en su redacción originaria, ya que siendo así que el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo se introduce *ex novo* en nuestro Ordenamiento jurídico por la Ley 13/2005, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, ello supone que, aplicando analógicamente la citada Disposición Transitoria Primera del Código Civil en su redacción originaria, tal derecho «tendrá efecto desde luego», aunque el hecho –en este caso la celebración del matrimonio– que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, aplicación analógica que ya había sostenido este Centro Directivo en otra materia vinculada al estado civil de las personas, en concreto con ocasión de la interpretación del alcance retroactivo de la reforma del Código Civil en materia de nacionalidad operada por Ley 36/2002, de 8 de octubre (cfr. Resolución de 25-2.ª de abril de 2005). El principio del *favor matrimonii*, la consideración del *ius connubii* como derecho fundamental, y la propia resistencia de nuestra legislación civil a desconocer la eficacia de los matrimonios incluso nulos, reconociendo efec-

tos al matrimonio putativo, permitiendo la convalidación de ciertas causas de nulidad o salvando de la nulidad radical los supuestos de vicio de incompetencia (*vid*. artículos 79, 76 y 53 del Código Civil) no hacen sino abundar en la conclusión anterior.

Por el contrario, no puede extenderse dicho reconocimiento como tales matrimonios a figuras jurídicas que en sus propios países de origen, con arreglo a cuya legislación se han constituido, no tienen la consideración de matrimonios, sino que, desde el punto de vista de su calificación a los efectos del Derecho Internacional Privado español (artículo 12 núm. 1 CC), deben reconducirse a la figura de las parejas de hecho o uniones estables de pareja reguladas por numerosas leyes autonómicas españolas, por más que aquellas figuras, como éstas, reconozcan a sus miembros un régimen jurídico de derechos y deberes en muchos casos paralelos a los del propio matrimonio, en los ámbitos patrimonial, sucesorio, fiscal, etc., e incluso previendo el establecimiento de vínculos de parentesco entre cada uno de los miembros de la pareja y los familiares del otro, que con ser propio no es efecto exclusivo del matrimonio. Y siendo así que en el estadio normativo actual de nuestra legislación del Registro Civil no está previsto el acceso a los libros de tal Registro las propias parejas de hecho constituidas con arreglo a las leyes españolas (cfr. artículo 1 LRC), tampoco podrán obtener tal acceso tabular las diversas figuras que en los países de nuestro entorno están configuradas de forma similar a las citadas uniones estables de pareja españolas, sin perjuicio del contenido variable de las diversas legislaciones en la materia que oscila por lo general entre el modelo puramente contractual y el modelo del cuasi estado civil.

RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Inscripción de una sentencia francesa de divorcio de un español dictada el 31 de marzo de 1999, de acuerdo con el Reglamento de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000. En caso de que la Sentencia de divorcio de 1.ª Instancia sea anterior a la entrada en vigor del Reglamento, pero la posterior de apelación o casación sea ya posterior a tal fecha, el supuesto cae dentro del ámbito de aplicación del citado Reglamento.

RESOLUCIÓN DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don M., de nacionalidad española, solicitó la inscripción de su divorcio, decretada por sentencia dictada por los Tribunales franceses, al margen de la correspondiente a su matrimonio con doña L. F. R., obrante en el Registro Civil Consular, al amparo del Reglamento del Consejo de la Unión Europea 1347/2000, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

⊙ A instancias del Consulado General de España en París, el Registro Civil de P., lugar de inscripción del matrimonio del interesado, remitió copia del acta de matrimonio, con anotación marginal de divorcio de fecha 31 de marzo de 1999, habiéndose producido dicha anotación el 30 de enero de 2003, con constancia de la Sentencia del Tribunal de Casación.

⊙ El Encargado del Registro Civil Consular acordó en fecha 30 de enero de 2004 que, dado que la sentencia de divorcio era anterior a la entrada en vigor del Reglamento Europeo núm. 1347/ 2002, de 29 de mayo, no le era aplicable el reconocimiento sin exequátur.

⊙ Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al interesado, éste presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que su divorcio tenía efectos en Francia a partir del 14 de noviembre de 2002, por lo que se le debía reconocer sin exequátur.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se discute en este recurso si es aplicable a una sentencia de divorcio francesa dictada por un Tribunal francés, a los efectos de su reconocimiento y de su inscripción en el Registro Civil español, el Reglamento de la Unión Europea citado en los vistos. Se suscita la duda por cuanto que si bien la sentencia inicial de divorcio pronunciada por el Tribunal de Gran Instancia de N. se dictó el 31 de marzo de 1999, siendo posteriormente modificada por otra del Tribunal de Apelación de V. recaída con fecha 9 de noviembre de 2000, sin embargo tal sentencia fue objeto de un recurso de casación que dio lugar finalmente a la Sentencia del Tribunal de Casación de París de 15 de octubre de 2003, por la cual se casaba y anulaba parcialmente la sentencia anterior respecto de ciertos aspectos limitados a la cuantía de las prestaciones económicas a que venía obligado uno de los cónyuges en favor del otro.

La cuestión planteada se refiere, pues, al ámbito de aplicación temporal del citado Reglamento y ha de ser resuelta en sentido afirmativo. En efecto, dicho Reglamento entró en vigor el 1 de marzo de 2001 y, aunque la acción haya sido ejercitada antes de esta fecha, las resoluciones judiciales dictadas después serán reconocidas con arreglo a las disposiciones del capítulo III, si las normas de competencia aplicadas se ajustaren a las previstas en el capítulo II (cfr. artículo 42 del Reglamento) yen este caso la competencia corresponde a la jurisdicción francesa, por tener la residencia habitual en Francia ambos cónyuges [cfr. artículo 2.1.a) del Reglamento]. La conclusión anterior no puede ofrecer duda dado que las resoluciones que, en materia de divorcio, separación judicial o nulidad dictadas en un Estado miembro, se benefician de la dispensa de todo procedimiento previo para la actualización de los datos del Registro Civil de otro Estado miembro son precisamente aquellas que con arreglo a la legislación del primero de los citados Estados no admita ya recurso alguno (cfr. artículo 14.4 del Reglamento), por lo que en ningún caso podría beneficiarse de tal dispensa ninguna de las dos primeras sentencias citadas, sino la tercera y última que, por razón de su fecha (15 de octubre de 2003) es ya posterior a la entrada en vigor del citado Reglamento comunitario, y sin que a tales efectos se pueda disociar el contenido de la sentencia en función de que haya sido objeto o no de recurso, pues tal distinción no aparece contemplada ni autorizada por el reiterado Reglamento.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que la sentencia de divorcio francesa sea inscribible, sin más condiciones, en el Registro español. Conforme a los artículos 32 y 33 del Reglamento la parte que invoque el reconocimiento debe presentar, además del certificado conforme al formulario normalizado que figura en el anexo IV del Reglamento, una copia de la resolución judicial cuyo reconocimiento se solicita que ha de reunir «los requisitos necesarios para determinar su autenticidad, siendo así que la aportada junto con el resto de actuaciones incorporadas al expediente, por estar integrada por meras fotocopias, carece de tales garantías de autenticidad.

La DGRN declaró que la sentencia de divorcio es inscribible, sin necesidad de procedimiento alguno, en el Registro Civil Consular, si bien para ello debía presentarse copia auténtica de la sentencia.

CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

Procedencia de la inscripción de un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, sin que sea obstáculo para ello que dicho contrato se otorgase por el hijo en virtud de un poder conferido a su favor por la madre y que por tanto concurra la figura jurídica de la autocontratación.

RESOLUCIÓN DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El 28 de mayo de 2002, doña Catalina C.C. otorgó, ante el Notario poder general a favor de su hijo don Constantino R.C. En lo que aquí interesa el poder faculta, «aunque se incida en la figura

jurídica de la autocontratación» para «comprar y vender por precio confesado, de contado o aplazado, permutar y por cualquier otro título oneroso enajenar y adquirir bienes muebles e inmuebles,... contratar activa o pasivamente rentas, pensiones y prestaciones periódicas, temporales o vitalicias».

⊙ Con fecha 15 de abril de 2003, don Constantino R.C., actuando en representación de su madre, celebra consigo mismo un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos por el que el hijo adquiere la nuda propiedad de una finca a cambio de «cuidar y asistir a la cedente en todas sus necesidades hasta su fallecimiento» así como abonar todos los gastos e impuestos de la citada finca.

⊙ Doña Catalina C.C. falleció el 17 de julio de 2003.

⊙ Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Santoña fue denegada su inscripción.

⊙ Don Constantino interpuso contra la nota de calificación recurso gubernativo que fue estimado por la DGRN quien acordó la procedencia de la inscripción.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Base jurídica del Registrador para negar la inscripción de la escritura.

El apoderado no tiene facultades para realizar la cesión, pues dentro de la amplia enumeración de ellas que se recoge en el poder, no se cita expresamente la de realizar cesiones. Además, ya que la interpretación de poderes ha de ser siempre restrictiva, si se hiciera una ampliación del poder, no parece que se pueda entender implícita la facultad de ceder en la de enajenar por título oneroso bienes inmuebles ya que la aleatoriedad que interviene en la contraprestación a que se obliga el cesionario excluye el carácter oneroso de la misma aproximándola a una donación. Si a lo anterior se añade la circunstancia de que la escritura se autoriza el día quince de abril del pasado dos mil tres y que el fallecimiento de la cedente se produce el día diecisiete del mismo año –sic–, se aprecia más claramente la falta de proporcionalidad de la contraprestación. Finalmente, las dudas acerca de la interpretación del poder se apoyan también en el artículo veintinueve del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones que establece la adición a la herencia de los bienes transmitidos por el causante a título oneroso durante los cinco años anteriores a su fallecimiento, reservándose el usufructo de los mismos.

Tampoco parece que, tal como recoge la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de veintinueve de abril –sic– de la posibilidad de autocontratar pueda ser considerada en el caso de un poder general. 3. Falta de inscripción del cambio de régimen matrimonial en Registro Civil. (Artículo 266.6 del Reglamento del Registro Civil.)

2. Alegaciones del recurrente.

Que hay que estar a lo dispuesto en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en la Sección 2ª, Capítulo Xl, del Título V («Medidas sobre justificación de la representación y trascripción de condiciones generales») en su artículo 98.2 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 12 de abril de 2002, sobre su interpretación. Que en lo concerniente a la naturaleza del negocio jurídico, si por «cesión» se entiende la «Transmisión o renuncia, onerosa o gratuita, de un bien, crédito, acción o derecho a favor de otra persona», hay que admitir que se trata de una «enajenación», y en el Poder General se faculta al Sr. R., para realizarla y en cuanto a la onerosidad del negocio jurídico, se desprende de su propia descripción y/o naturaleza «Cesión de nuda propiedad a cambio de alimentos y cuidados», lo que excluye cualquier indicio de gratuidad. (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1982.) Que de las estipulaciones contenida en el documento cuya inscripción se pretende, el Sr. R.C. queda obligado al cumplimiento de unas obligaciones, y el cumplimiento de estas obligaciones no queda condicionado a un suceso futuro o incierto, por ser exigible desde el perfeccionamiento del contrato (artículos 1113 y 1790 del Código Civil), y dado que la obligación se extingue por su cumplimiento (artículo 1156), habrá que estar a la ponderación económica de los citados cuidados y alimentos hasta el fallecimiento de la cedente. Que si se considera que los cuidados no se dispensan desde la fecha del contrato en cuestión, sino desde fechas bastante anteriores el documento cuya inscripción se pre-

tende, constituye, aún sin especificación literal de denominación, un contrato de vitalicio oneroso, de los contemplados en el Capítulo IV del Título XII, Libro IV del vigente Código Civil, con las reservas y especificaciones jurisprudencialmente establecidas (Sentencia de 1 de julio de 1982). Que del examen de documentos se aprecia que, efectivamente, la escritura se autoriza el día quince de abril del año dos mil tres; sin embargo, el fallecimiento de la cedente se produce el día diecisiete de julio del mismo año, y no «el día diecisiete del mismo año», como indica el Registrador. Que en cuanto a la falta de proporcionalidad de la contraprestación, baste, referente a la temporalidad, la argumentación del punto anterior, y en cuanto a la valoración, téngase en cuenta las disposiciones del Título II, Libro IV del Código Civil, y en especial la autonomía de voluntad de los contratantes consagrada en su artículo 1255, sólo a la cedente concierne determinar en cuánto valora las atenciones recibidas, y la consiguiente proporcionalidad de su contraprestación (artículo 1804 y Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1965 y 11 de julio de 1934). Que sin entrar en consideraciones de naturaleza tributaria, la presunción de quedar integrados en el caudal hereditario los bienes transmitidos, a título oneroso, durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, se desvirtúa «mediante la justificación suficiente de que en el caudal hereditario figure dinero u otros bienes recibidos en contraprestación de la transmisión de la nuda propiedad por valor equivalente» (artículo 27, párrafo primero del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por el RD 1629/1991, de 8 de noviembre). Y si bien es cierto que documentalmente son justificables los gastos económicos derivados de las obligaciones asumidas por el nudo propietario, también lo es que existen atenciones personales de naturaleza afectiva y asistencial no ponderables objetivamente, pero a los que el Reglamento citado dispensa un especial amparo jurídico en su artículo 27, párrafo segundo. Que la facultad para incidir en la figura jurídica de la autocontratación está clara y expresamente manifestada en el Poder General y así lo tutela el Código Civil, al constatar la eficacia de tal disposición por no ser contraria a las leyes, a la moral ni al orden público (artículo 1255), y al contemplar su interpretación literal, dada la claridad de los términos empleados y la manifiesta intención de la poderdante (artículo 1281). Que esta Dirección General se ha pronunciado al respecto admitiendo la autocontratación cuando el poderdante concede al Apoderado las facultades necesarias con la vista puesta en el posible conflicto de intereses (Resolución de 1 de junio de 1999). Que en la Primera Copia autorizada de las Capitulaciones Matrimoniales, entregada en el Registro de la Propiedad de Santoña, se hallaba incorporada Diligencia del Registro Civil de Las Palmas de Gran Canaria, acreditativa de la inscripción del régimen matrimonial. Que el Registrador no indica si los defectos aducidos para su calificación negativa son o no subsanables y no se hace mención alguna del derecho a la aplicación del cuadro de sustituciones, según precepto del artículo 5.1 del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, en relación con el artículo 19 bis y concordantes de la Ley Hipotecaria.

3. Fundamento jurídico de la DGRN.

En cuanto al tema de la autocontratación, como ha dicho este Centro Directivo (cfr. Resolución de 15 de junio de 2004), el problema central que plantea tal figura, consiste en la determinación del alcance que deba atribuirse, conforme a las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico, a la protección de los intereses susceptibles de ser perjudicados por una determinada forma de actuación del representante. Ello es así, porque al concurrir dos o más esferas jurídicas susceptibles de vinculación por una sola persona, cabe que el vínculo negocial que se constituya por ella, se establezca en su provecho o en el de un tercero con detrimento de los legítimos intereses de alguno o de todos los representados. Aparece entonces la noción sustancial del conflicto de intereses.

Más concretamente lo que interesa dilucidar aquí es si nuestro ordenamiento jurídico admite la autocontratación en sede de representación voluntaria. En caso de que la respuesta sea positiva, habría que precisar a qué requisitos debe sujetarse la actuación representativa para que la autonegociación revista las apariencias de validez y eficacia que la hagan merecedora de formalización en escritura pública y, a su virtud, de inscripción registral.

Para resolver esta importante cuestión práctica, no puede omitirse que el problema de la autocontratación, así como el de los poderes irrevocables o de los dotados de subsistencia de efectos, se halla inseparablemente conectado con la postura que se adopte en relación a la causa del apoderamiento y a la relevancia que se atribuye al interés gestionado, por lo que conviene incluir aquí algunas consideraciones sobre tales materias: a) Dentro del negocio jurídico de apoderamiento, la doctrina científica mayoritaria distingue entre relación originante, también llamada subyacente o básica, y relación representativa, asignando a aquélla la significación de causa del propio negocio de apoderamiento, que es contemplado como negocio ejecutivo que tiene su causa en el negocio inicial del que emana (*v.gr.* contrato de arrendamiento, trabajo, sociedad, mandato, etc.); b) En virtud de esta tesis causalista, se afirma con razón que las vicisitudes del negocio subyacente afectan al apoderamiento, si bien con el

matiz fundamental de que los terceros, cuya buena fe debe presumirse, y la comunidad jurídica en general, por consideraciones de seguridad jurídica y del ineluctable reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad –con acatamiento, pues, de los actos de autodeterminación del poderdante–, deben sujetarse a los límites formales establecidos en el título formal del apoderamiento, salvo que se tenga constancia cierta de que el contenido de la relación básica queda contrariado por la específica actuación del apoderado; c) Íntimamente vinculado con lo anterior se suele destacar la relevancia del interés gestionado como elemento esencial del fenómeno representativo, lo que lleva a la doctrina mayoritaria a concluir que la representación sólo es tal cuando su ejercicio es expresivo de la defensa de un interés legítimo del representado o de un interés compartido entre éste y su representante (cfr. Ley 52 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra), pero aquí también debe advertirse que el ineludible encuadramiento del interés gestionado en el marco de la relación subyacente, implica de forma apodíctica que únicamente un conocimiento cabal de dicha relación originante permitiría apreciar si la actuación representativa entraña o no la lesión del interés jurídicamente protegible.

En sintonía con la línea discursiva extractada, la doctrina mayoritaria interpreta los artículos 1459.2.° del Código Civil y 267 del Código de Comercio, como preceptos concordantes, de lo que se desprende que el comitente o el mandante se hallan investidos desde luego del poder jurídico de autorizar previamente o de ratificar la autocompra verificada por sus respectivos comisionistas o mandatarios, ya que tales previsiones legales se dirigen únicamente a proteger intereses privados que no pueden oponerse a la libre reglamentación que de los mismos ordenen sus titulares.

La jurisprudencia y la doctrina de este Centro Directivo sancionan la interpretación sintetizada anteriormente en reiteradas sentencias y resoluciones. Basta citar por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2001, entre otras razones porque dicha resolución judicial se produce con abundante cita de Sentencias de nuestro más Alto Tribunal y de resoluciones de este órgano Directivo, y en cuya resolución se expresa sin ambages lo que constituye línea jurisprudencial constante en materia de autocontratación, según la cual «el autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo es válido, en principio; no lo es cuando en casos concretos la ley lo prohíbe, porque advierte que puede haber conflicto de intereses y cuando, aunque la ley nada disponga, se produce tal conflicto; en todo caso, es válido cuando se ha autorizado expresamente en el poder de representación (...) sin que la previa autorización para contratar, aunque haya de constar con claridad, esté sujeta a requisitos especiales, por lo que salvo que otra cosa se disponga, no hay más exigencias que las del propio poder que modaliza. Este criterio de flexibilidad formal es el que prevalece en la doctrina científica, en las decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en la jurisprudencia de esta Sala...»

Pero es que, además, en la doctrina jurisprudencial reseñada queda entrelazada de manera singularmente armoniosa la comprensión del negocio de apoderamiento en su dimensión conceptual y en lo relativo a su finalidad, de suerte que en este caso no existe colisión entre la jurisprudencia de los conceptos y la de los intereses, ya que por ambos cauces se llega al mismo resultado antes subrayado: que la autocontratación es válida y eficaz cuando viene precedida por la licencia o dispensa del poderdante, sin que sea preciso que tal licencia o dispensa reúnan especiales requisitos de formal. Adviértase, en efecto, que de seguirse otro criterio, de manera que se admitiera la censura extrajudicial de la actuación realizada bajo la licencia o dispensa del *dominus negotii*, ello supondría la arrogación extrajurisdiccional de funciones tutelares de intereses privados, por medio de atribuirse una suerte de aptitud para fiscalizar, restringir e, incluso, desoír los preceptos que emanan de la autonomía privada, todo ello sin contar con instrumentos de cognición que permitieran inquirir el contenido de la relación subyacente que media entre poderdante y apoderado y, obviamente, sin el más mínimo soporte no ya de nuestra legislación ordinaria sino de nuestra propia Constitución (cfr. artículo 10.10 de la Constitución Española). Y es que, por esa línea, quedarían en entredicho no ya apoderamientos concernientes a la esfera patrimonial sino a la personal del poderdante. Piénsese, por ejemplo, hasta qué punto quedarían sin contenido las instrucciones previas del paciente, con designación de uno de sus hijos y legitimarlos como representante del enfermo, en el caso de que el personal sanitario actuante incumpliera las instrucciones del representante al considerar que existe colisión de intereses entre representado y representante o, por ejemplo, qué efectos demoledores llegaría a tener tal pretendido criterio en todo el mercado de garantías personales, en el que tan frecuente es la licencia para otorgar avales o fianzas incluso en hipótesis de autogarantía o autocontratación (véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de febrero de 2002).

Naturalmente cuanto antecede no implica que el hecho de haber concedido tal dispensa, no permita la posibilidad de que el poderdante –o, en su caso, sus herederos– reaccione ante el posible abuso que cometa su representante al autocon-

tratar, por cuanto que aquél tiene abierta la vía jurisdiccional para impugnar los negocios abusivos que haya podido concertar su apoderado, ya que la dispensa no puede ser interpretada como una renuncia anticipada al ejercicio de las acciones correspondientes.

En cuanto al primero de los defectos consistente en no estar el contrato que se realiza dentro de las facultades concedidas al apoderado, la cuestión es de más difícil resolución. Dice el Registrador que el carácter aleatorio del contrato que se pretende inscribir y el hecho de la proximidad entre el contrato y el fallecimiento de la poderdante excluye el carácter oneroso de la cesión, por lo que la misma se aproxima a una donación. Ello no es así pues, si bien el contrato, cuando se realizó era aleatorio, tal categoría está incluida en la de los contratos onerosos, sin que el Registrador pueda presumir, por falta de elementos de juicio, que cuando se otorgó la escritura de cesión existiera una *contemplatio mortis*, y, por tanto, que se encubriera con dicho contrato una donación.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No puede acceder al Registro de la Propiedad la donación que respecto a una determinada finca ganancial pueda hacer el esposo a favor de la esposa mientras tanto esté vigente la sociedad de gananciales.

RESOLUCIÓN DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

- El 19 de marzo de 1987, fue autorizada por Notario escritura de donación por la que don Antonio C. A. dona pura, simple y gratuitamente, a su esposa doña Carmen T. V., la proporción que le corresponde, sobre cada una de las fincas que se describen, con cuantos derechos, usos y servidumbres sean inherentes a los mismos, aceptando doña Carmen T. V. la expresada donación.

- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad núm. 6 de Murcia se denegó su inscripción.

- Don Antonio interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue desestimado por la DGRN.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Base jurídica de la negativa del Registrador a inscribir la donación.

Se pretende inscribir un bien ganancial de los cónyuges don Antonio y doña Carmen T.V., registral 508 de la Sección 14.ª, donando el marido a la esposa «la proporción que le corresponde sobre la finca donada», lo cual no puede hacerse, pues existiendo vigente una comunidad germánica, no existen cuotas, partes o proporciones a favor de ninguno de los cónyuges, sino una copropiedad en mancomún que hasta el momento de la liquidación no permite la división en cuotas ideales. Fundamentos de Derecho: artículos 1344, 1322.2, 1378 y 1392 del Código Civil y Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1988 y 4 de marzo de 1994. Denegándose la inscripción solicitada de la donación «de la proporción que le corresponde al marido sobre la finca», porque vigente la sociedad de gananciales no se permite la división en cuotas ideales, debiendo haber sido hecha la donación de toda la finca por ambos esposos. Contra la precedente calificación, sin perjuicio de acudir a los Tribunales de Justicia conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, se puede interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de un mes a contar desde la notificación, conforme a los artículos 324 y siguientes de la antedicha Ley, y sin perjuicio de ejercitar

cualquier otro que entendiere procedente, o bien instarse la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 de la repetida Ley, conforme al RD 139/2003 de 1 de agosto, BOE de 2 de agosto de 2003. Se advierte que en el Registro existe inscrita ya la finca 4.421 de la misma Sección 14.ª, de superficie muy similar y en la misma situación, inscrita al amparo del Artículo 205 de la Ley Hipotecaria, a favor de don Antonio, adquirida precisamente por herencia de la esposa donataria doña Carmen T.V., la que se alegó como título el que ahora es objeto de calificación, y que puede ser la misma finca inscrita. Murcia, a veintinueve de junio de dos mil cuatro.-El Registrador. Firma Ilegible.

2. Alegaciones del recurrente.

Que las Sentencias del Tribunal Supremo que se citan en la calificación recurrida como fundamento jurídico son de fecha posterior a la del título aplicado; Que en nuestro derecho, además de la sociedad de gananciales, existen otros supuestos de sociedad germánica, como la comunidad hereditaria, en la que expresamente se admite la transmisión y gravamen de la partición de los comuneros (artículo 1067 del Código Civil y 46 de la Ley Hipotecaria); Que en el título calificado la transmisión se realiza a favor de otro cotitular del bien, el cónyuge del donante, de tal modo que no existe riesgo de que un tercero extraño al vínculo personal existente entre los comuneros pueda ingresar en la comunidad, desnaturalizando ésta; Que el fin que se proponen alcanzar los cónyuges, no está prohibido por nuestro ordenamiento jurídico; al contrario dicho resultado está expresamente admitido por el legislador (artículos 1322.2 y 1378 del Código Civil); Que conforme a lo preceptuado por los citados artículos, en la escritura de donación que se trata comparecen ambos esposos y el cónyuge donatario acepta expresamente la donación, pudiendo deducirse su consentimiento para el acto dispositivo.

3. Informe del Registrador de la Propiedad.

Que no se trata de la donación de un bien ganancial del marido, conjuntamente o con consentimiento de su esposa, y a favor de la misma esposa, sino de la «proporción que le corresponda» en el bien, realizada por él solo y a favor de la esposa, que simplemente la acepta. Que si se hubiera querido donar el bien en su integridad se habría empleado alguno de los términos usuales en todo contrato de finca o bien como la propia escritura emplea en los expositivos I) y H). Que cuando los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, debe entenderse el sentido literal de sus cláusulas, como sienta el artículo 1281 del Código Civil. Que es posible que la expresión utilizada en la escritura se apoye en la mención incorrecta de que, vigente la sociedad conyugal, existen cuotas ideales de los cónyuges sobre bienes gananciales concretos y en que la alienalidad de la hipotética participación que todo cónyuge tiene sobre todo bien que integra el patrimonio común, pero que no para de ser un derecho expectante que se hará efectivo sólo cuando la sociedad conyugal se disuelva y liquide, momento hasta el cual, que no se ha producido en la caso debatido, no se permite la división de las cuotas ideales. Que la posición mantenida por el Derecho y la jurisprudencia al respecto, referidas en la nota de calificación es absolutamente clara y terminante. Desde el punto de vista del derecho privado hay que tener en cuenta lo que dicen los artículos 1344, 1355, 1379 y 1380. Que no se puede hablar en términos jurídicos correctos de donación «de la proporción que le corresponde al marido sobre la finca», puesto que ninguna cuota de participación o proposición le corresponde según lo expuesto, vigente la sociedad de gananciales. Que conocida es también al respecto la posición jurisprudencial, recogida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo, aludida en la nota de calificación, de 13 de julio de 1988 y 4 de marzo de 1994. Que igual criterio mantiene la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado expuesta, entre otras, en la Resolución de 2 de febrero de 1983. Que en cuanto a los otros preceptos referidos en la nota de calificación y que se consideran infringidos, los artículos 1322.2 y 1378, hacen referencia a que para los actos de disposición a título gratuito por un cónyuge de los bienes comunes o de la sociedad de gananciales hace falta el consentimiento de otro cónyuge incurriendo en el caso contrario en la sanción de nulidad, nulidad que es considerada por la doctrina como radical y absoluta y, por lo tanto, insanable. Que ningún obstáculo hubiere tenido la inscripción de documentos si, fallecidos el marido donante y la esposa donataria, hubieran subsanado la escritura y ratificado la donación íntegra del bien los herederos de uno y otro. Subsanación y ratificación que no se ha producido. Tampoco encaja el supuesto debatido en la excepción contemplada en el inciso final del artículo 1378 de liberalidades de uso. Que lo único que hace la esposa es aceptar expresamente la donación que le hace el esposo de la proporción que le corresponde en el bien ganancial y nada más, pues no otorga el acto dispositivo. Que no se puede dar a la aceptación, la ficción o presunción de un consentimiento presunto y en el caso que así se aceptara siempre será referida a los términos en que está hecha la donación, la cual no está permitida en derecho y el defecto de la nota de calificación seguirá vigente. Que en cuanto a la primera alegación de la parte recurrente no da fun-

damento jurídico distinto al documento calificado. Que en lo referente a la segunda alegación cabe decir que no se está ante comunidades semejantes a las que se les aplique las mismas normas, sino que cada una tiene régimen legal propio. Que en cuanto a la tercera alegación en la nota de calificación lo único que se ha objetado es la forma de llevar a cabo la contratación entre cónyuges. Que en lo que se refiere a la quinta y última alegación no puede aceptarse por las razones que constan en el informe. Que en cuanto a las alegaciones del Notario autorizante se observa la insistencia de su error en la redacción de la escritura al seguir manteniendo que la donataria no transmite a favor suyo y al mismo tiempo adquiere lo que ya era suyo.

4. Fundamento jurídico de la DGRN.

Comparecen unos cónyuges en escritura pública, el marido como donante y la esposa como donataria y, después de exponer que el marido es dueño con carácter privativo de la mitad indivisa de una finca y, juntamente con su esposa, como bien ganancial, de la totalidad de otra, el marido «dona pura, simple y gratuitamente a su esposa doña C.T.V. la proporción que le corresponde sobre cada una de las fincas descritas, con cuantos derechos, usos y servidumbres sean inherentes a las mismas, aceptando agradecida doña CTV esta donación.»

Habiéndose inscrito en su día la donación de la mitad indivisa de la finca privativa, se solicita ahora la inscripción de la donación de la otra finca, denegando el Registrador la inscripción «porque vigente la sociedad de gananciales no se permite la división en cuotas ideales, debiendo haber sido hecha la donación de toda la finca por ambos esposos», y recurriéndose la calificación.

Hay que aclarar en primer lugar que ningún problema existiría si la donación se refiriera a la total finca, pero, en el presente caso, se trata de la donación por el marido a la mujer «de la proporción que le corresponde» a aquél en una finca ganancial a este respecto, y como dijo la Resolución de este Centro Directivo de 2 de febrero de 1983, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina de esta Dirección General configuran la sociedad legal de gananciales –al igual que la generalidad de la doctrina– como una comunidad de tipo germánico en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano, con cuotas definidas y en donde cabe el ejercicio de división de la cosa común, y por eso en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial.

Esta concepción que encontraba su justificación principalmente en el artículo 1392 del Código Civil antes de la reforma de 1981, aparece si cabe reforzada en la redacción del vigente artículo 1344 del mismo cuerpo legal, y supone –a salvo lo establecido en el artículo 1373– la inalienabilidad de la hipotética participación que todo cónyuge tiene sobre cada bien que integra el patrimonio común debido a que tanto éste como la condición de comunero es inseparable de la de cónyuge, lo que obliga a entender confirmada la calificación del Registrador.

Revista de Derecho de familia

SECCIÓN PRÁCTICA

Vigencia de la pensión compensatoria fijada en la separación si en la posterior sentencia de divorcio no se establece pronunciamiento alguno sobre la misma

Problemática que se presenta

Fijada en la sentencia de separación una pensión compensatoria puede suceder que luego, en la sentencia de divorcio la misma se reduzca o se extinga (la jurisprudencia viene entendiendo que nunca podrá incrementarse), pero existen algunos supuestos en los que se dicta sentencia de divorcio y no se incluye dentro del fallo ningún pronunciamiento respecto a la pensión compensatoria. En estos casos ¿Estará vigente la pensión compensatoria? ¿Se habrá extinguido de forma tácita al no incluir la sentencia de divorcio ningún pronunciamiento respecto a la misma? ¿Podrá el cónyuge beneficiario de la misma instar la ejecución de la sentencia de separación y reclamar las pensiones compensatorias no abonadas tras dictarse la sentencia de divorcio? ¿Si se insta la ejecución de la sentencia de separación por impago de pensiones, puede oponerse el cónyuge que venía obligado a abonarla?

La cuestión admite dos posibilidades, bien entender que la pensión compensatoria continúa vigente al no haberse dictado pronunciamiento judicial extintivo de la misma con lo cual la sentencia de separación, como título ejecutivo, tiene plena vigencia, o bien considerar que si en la sentencia de divorcio no se hizo pronunciamiento alguno respecto a la pensión compensatoria, la misma quedó extinguida de forma tácita.

Recientemente se han dictado diversos pronunciamientos sobre esta cuestión. Analicemos detalladamente cada uno de ellos:

– STS de 1 de octubre de 2004. El caso era el siguiente: Se desestimó la demanda de ejecución de una sentencia de separación en la que se contenía la obligación de pago de la pensión compensatoria porque posteriormente se tramitó una demanda de divorcio y no se indicó nada respecto a la misma. El auto desestimatorio adquirió el carácter de firme tras dictarse la correspondiente resolución por la Sec. 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 24 de octubre de 2002. La ejecutante, por vía de error judicial, interpuso una demanda ante el Tribunal Supremo que fue desestimada, entendiendo nuestro más Alto Tribunal que no constituía ningún error judicial «el criterio de la Audiencia Provincial según el cual la sentencia de divorcio deja sin efecto las medidas de estricto derecho privado acordadas en la precedente sentencia firme de separación conyugal, en concreto y en este caso,

la pensión compensatoria a favor de la esposa, si en el juicio de divorcio nada se pide al respecto por ninguno de los litigantes, en este caso, ni por el esposo en su demanda de divorcio ni por la esposa, hoy demandante, al oponerse a la misma».

– STC de 29 de noviembre de 2004. En síntesis el supuesto analizado era el siguiente: En capitulaciones matrimoniales se pactó que el esposo abonaría a la esposa una determinada cantidad. Posteriormente la esposa instó un procedimiento de menor cuantía reclamando los atrasos y las actualizaciones de la pensión, formulando reconvención el esposo. Al mismo tiempo, éste presentó una demanda de divorcio en la que solicitaba que se estableciese a favor de la esposa una pensión compensatoria de inferior cantidad a la pactada en el convenio regulador. La sentencia de divorcio no entró sobre la cuestión al considerar que ello «implicaría a través de un procedimiento inadecuado, modificar las capitulaciones matrimoniales». La esposa instó la ejecución del procedimiento de menor cuantía y el esposo se opuso alegando que había pagado lo adeudado hasta que se dictó la sentencia de divorcio y por lo tanto no debía cantidad alguna. El juzgado estimó la oposición, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial. La esposa recurrió en amparo y el Tribunal Constitucional estimó el recurso y, declarando la nulidad del auto que dejaba sin efecto la ejecución, acordó que la misma prosiguiera.

– STC de 18 de abril de 2005. Los hechos que fueron objeto de análisis por esta resolución son los siguientes: En el procedimiento de separación se fijó una pensión compensatoria a favor de la esposa, posteriormente el esposo instó una demanda de modificación de medidas para extinguir la pensión, y cuando se encontraba pendiente de resolverse el recurso de apelación contra la sentencia que desestimó la demanda de modificación, el esposo interpuso una demanda de divorcio, en la que no solicitó nada respecto a la pensión compensatoria. La esposa tampoco solicitó nada al respecto al contestar a la demanda de divorcio y se dictó sentencia declarándolo sin contener más pronunciamientos. Instada la ejecución de la sentencia de separación por la esposa reclamando el pago de las pensiones compensatorias no abonadas, se opone el esposo alegando que la misma quedó extinguida con la sentencia de divorcio. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la tesis del esposo. La esposa interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional quien declaró la nulidad de los autos dictados por dichos órganos judiciales y acordó que volvieran a pronunciarse sobre la oposición a la ejecución, si bien, esta vez, dictando una resolución que sea respetuosa con el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes que se había vulnerado.

– AAP de Córdoba, Sec. 3.ª, de 27 de febrero de 2004. El supuesto que dio origen a esta resolución proviene de una sentencia de separación que aprobó un convenio regulador en el que se estableció una pensión compensatoria que el esposo debería abonar durante cinco años, dictándose, aun no transcurrido dicho plazo, sentencia de divorcio, en la que exclusivamente fuera objeto de controversia las medidas relativas a los hijos. La esposa instó demanda de ejecución por impago de pensión compensatoria y el esposo se opuso a dicha pretensión alegando que la pensión había quedado sin efecto al no existir pronunciamiento alguno en la sentencia de divorcio. El Tribunal rechazó la causa de oposición y entendió que procedía que la ejecución siguiese adelante, ya que los litigantes, al no haber cuestionado nada sobre la pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio, quisieron dejar incólumes las demás medidas acordadas en la separación, entre las que se encontraba la pensión compensatoria.

Pues bien, después de analizar las resoluciones que se han reseñado, la conclusión más lógica que puede extraerse es que no cabe oponerse a la ejecución por impago de pensión compensatoria alegando que, posteriormente a la sentencia de separación, se dictó sentencia de divorcio en la que no se hacía referencia a la pensión compensatoria. Es decir, que para que se extinga la pensión compensatoria que se fijó en la sentencia de separación es necesario un pronunciamiento expreso en tal sentido en la sentencia de divorcio, lógicamente, previa petición de parte. Si ello no ha acontecido, parece que la vía adecuada para extinguir la pensión compensatoria será el procedimiento de modificación de medidas siempre y cuando, claro está, concurran las causas extintivas que se prevén en el artículo 101 del Código Civil.

Casos Prácticos

1 INCAPACIDAD

¿Puede una sobrina solicitar la incapacidad de un tío carnal y proponer que recaiga en ella el cargo de tutor?

La legitimación para solicitar la declaración de incapacidad se contiene en el artículo 757 de la LEC, según el cual puede promoverla el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.

Por tanto, la sobrina carece de legitimación para instar el procedimiento de incapacidad, sin perjuicio de que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 757.3 de la LEC, ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación.

En principio, esta interpretación parecería un poco rigurosa, ya que al fin y al cabo, lo que se persigue por la sobrina va en interés del presunto incapaz. Sin embargo, éste es el criterio expresado por el Tribunal Supremo en Su sentencia de 7 de julio de 2004.

Interpuesta la demanda por el Ministerio Fiscal, no existe obstáculo alguno para que la sobrina pueda ser la tutora de acuerdo con lo establecido en el artículo 234 del CC, si el juez considera que dicho nombramiento va en beneficio del incapaz.

2 VIVIENDA FAMILIAR

En el procedimiento de separación se concedió el uso de la vivienda familiar a la esposa por un período de cinco años. Habiendo fallecido el esposo, los herederos de éste han instado la liquidación de la sociedad de gananciales. ¿Habrá quedado sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar aun cuando no haya transcurrido el plazo por el que se concedió?

Tanto si se hubiese dispuesto de la vivienda por sucesión *mortis causa* o por actos *intervivos*, el derecho de uso permanecerá vigente hasta tanto transcurra el plazo establecido en la resolución judicial. No obstante, y teniendo en cuenta que el uso se atribuyó en atención a que el interés de la esposa era el más necesitado de protección, si tras el fallecimiento del esposo han cambiado esas circunstancias, los herederos podrán instar la extinción a través del correspondiente procedimiento de modificación de medidas.

3 PENSIÓN COMPENSATORIA

Si en la sentencia judicial se estableció una pensión compensatoria a favor de la esposa por un plazo de cinco años, ¿puede el esposo solicitar la extinción antes de que transcurra este plazo si la esposa convive maritalmente con un tercero?

El establecimiento de un plazo para la extinción de la pensión compensatoria no impide que antes de que transcurra dicho plazo pueda extinguirse si concurren algunas de las causas previstas en el artículo 101 del CC. Evidentemente otra cuestión distinta es que en el convenio regulador las partes pacten el abono de la pensión sin que la misma pueda extinguirse en los supuestos previstos en el artículo citado anteriormente, ya que se trata de un pacto válido que debe ser respetado tanto por el cónyuge que abona la pensión como por los tribunales.

4 PENSIÓN COMPENSATORIA

Si en el procedimiento de separación se fijó una pensión compensatoria y en la sentencia de divorcio únicamente se acordó la extinción del vínculo matrimonial, ¿seguirá vigente la pensión compensatoria fijada en la separación?

No existe una respuesta unánime en nuestros tribunales respecto a esta cuestión, ya que si bien algunos entienden que la falta de pronunciamiento sobre alguna medida comportará que siga desplegando sus efectos la anteriormente adoptada y en base al título que la adoptó hasta tanto concurra una causa de extinción, carácter que no tiene necesariamente la sentencia posterior de divorcio, otros tribunales sostienen que esa falta de pronunciamiento en la sentencia de divorcio implica la extinción de la pensión compensatoria.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 1 de octubre de 2004, entendió que era procedente la oposición a la ejecución en la que se reclamaba el pago de la pensión compensatoria fijada en la separación cuando en el divorcio no se hizo pronunciamiento alguno sobre dicha pensión.

5 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Habiendo alegado la esposa que una determinada cantidad que se encontraba en una cuenta bancaria se donó al hijo común, y pretendiéndose por el esposo la inclusión de dicha cantidad en el inventario de la sociedad de gananciales, ¿existe falta de litisconsorcio pasivo necesario en el procedimiento de liquidación al no haber sido demandado el hijo?

Las únicas partes que pueden intervenir en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales son los cónyuges, o en su caso los herederos, admitiéndose la personación de los acreedores para «controlar» el trámite liquidatorio. En consecuencia, no existe falta de litisconsorcio pasivo necesario porque el hijo, supuesto donatario, no haya sido parte en el procedimiento de liquidación, si bien, ello tiene la consecuencia de que la sentencia que se dicte no podrá afectarle.

6 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Teniendo en cuenta que la pensión por jubilación se percibe por el trabajador tras haber cotizado durante la vida laboral, período en el que estuvo vigente la sociedad de gananciales, ¿qué consecuencias tiene esta cuestión en relación con la liquidación de la sociedad de gananciales?

Si bien es cierto que las cotizaciones a la Seguridad Social se hicieron con dinero ga-

nancial, la pensión de jubilación tiene carácter privativo sin que exista derecho de reintegro a favor de la sociedad de gananciales por las cotizaciones devengadas durante la vigencia de la sociedad, ya que era una carga que tenía que soportar la sociedad de gananciales conforme a lo establecido en el artículo 1362.4.º del CC.

7 PENSIÓN COMPENSATORIA

Si en el convenio regulador se pactó que, en concepto de pensión compensatoria, el esposo abonaría a la esposa la cantidad de 20.000 euros en dos pagos semestrales, ¿puede el esposo negarse al abono del segundo plazo al haber accedido la esposa a un puesto de trabajo estable?

La circunstancia de que la esposa haya accedido al mercado laboral antes de que venza el segundo plazo pactado para el pago de la pensión compensatoria plantea una importante interrogante en relación con la extinción de la pensión compensatoria. A nuestro entender, si antes de abonarse el segundo plazo se han modificado las circunstancias económicas de la esposa procederá la extinción o en su caso la reducción de la pensión. Evidentemente, otra cuestión distinta es que en el convenio regulador se hubiese establecido el pago de la pensión sin condicionante alguno.

8 PENSIÓN COMPENSATORIA

Si unos meses antes de producirse la separación, la esposa, que nunca había trabajado fuera de casa, comienza a trabajar, ¿implica ello que ya no tendrá derecho a la pensión compensatoria?

La concesión de la pensión compensatoria está en función de la existencia de un desequilibrio entre los cónyuges, pero para apreciar ese desequilibrio no puede atenderse exclusivamente a los ingresos que puedan percibir los cónyuges en el mismo momento en que se solicita la separación, ya que habrá que indagar en las condiciones laborales de la esposa, es decir, la duración del contrato, salario, deducciones, etc.

9 GASTOS EXTRAORDINARIOS

Si en la sentencia de separación no se indicaba nada sobre el pago de los gastos extraordinarios, ante la reclamación del 50% de las clases de apoyo de los hijos, ¿puede oponerse el padre a la ejecución?

Procesalmente estamos ante la causa de oposición prevista en el artículo 559 de la LEC, es decir, nulidad radical del despacho de ejecución por no contener el título pronunciamiento de condena, y por ello, es perfectamente admisible que el ejecutado pueda oponerse a la ejecución despachada.

La respuesta de los tribunales respecto a esta cuestión no es unánime, si bien, existe un importante sector que entiende que debe estimarse la oposición habida cuenta que no cabe acudir a los trámites de ejecución cuando no existe un pronunciamiento en la sentencia que obligue al ejecutado. En estos casos, la vía adecuada para la reclamación será el procedimiento declarativo que corresponda por su cuantía.

10 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Si se atribuyó el uso de la vivienda a la esposa y a los hijos, y posteriormente se produce una reconciliación entre los cónyuges que, finalmente, queda únicamente en un inten-

to, ¿puede la esposa pedir el lanzamiento del esposo de la vivienda familiar?

En principio no existirá ningún obstáculo para solicitar el lanzamiento, y ello a pesar de que con anterioridad ya se hubiese acordado el mismo, habida cuenta que la ocupación temporal del inmueble por parte del esposo como consecuencia del intento de reconciliación no deja sin efecto lo acordado en la sentencia.

Sin embargo, sí puede constituir un escollo importante lo establecido en el artículo 518 de la LEC, si la petición de lanzamiento se produce después de cinco años de dictarse la sentencia.

II EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En la sentencia de separación se acordó atribuir a la esposa e hijos el uso de la vivienda familiar propiedad de los padres del esposo, si bien, se hizo con carácter temporal por un período de cinco años. Transcurrido el referido plazo, ¿puede el esposo instar una demanda de ejecución solicitando el lanzamiento?

El tema fundamental no es otro que determinar si el esposo, al no ser titular del inmueble, tiene legitimación para solicitar la ejecución. Para resolver la controversia hay que tener en cuenta que el esposo, en virtud de la cesión que le hicieron los padres también era ocupante del inmueble hasta que se dictó la sentencia privándole del uso. Por tanto, ese derecho de ocupación que ahora renace le atribuye legitimación para instar el lanzamiento, máxime cuando los titulares del inmueble, al no ser parte en el procedimiento matrimonial, no pueden instar la ejecución.

Si se entendiese que el esposo no tiene legitimación, nos encontraríamos con que el uso de la vivienda se extendería más allá del plazo concedido en la sentencia, y obligaría a los titulares del inmueble a interponer la correspondiente demanda de precario o comodato.

I2 PROCESAL

Los cónyuges liquidaron la sociedad de gananciales en el convenio regulador del divorcio, pero posteriormente la esposa descubre que existía un fondo de pensiones que aperturó la empresa a favor del ex esposo y donde se han ido ingresando cantidades tanto por la empresa como por el propio trabajador. Al entender la esposa que dichas aportaciones tienen carácter privativo ¿a qué procedimiento debe acudir para que se le entregue la mitad de la cantidad ingresada en el fondo?

Teniendo en cuenta que ya se ha liquidado la sociedad de gananciales, deberá solicitarse la adición a la partición que, y éste es el criterio mayoritario, deberá sustanciarse siguiendo los trámites establecidos en los artículos 806 y siguientes de la LEC. No obstante, otro sector minoritario sostiene que debe acudirse a un juicio ordinario.

I3 SOCIEDAD DE GANANCIALES

En el inventario de la sociedad de gananciales, el esposo mostró su conformidad con todos los bienes que la esposa reflejó en el activo de su propuesta, si bien interesó que se incluyese en el pasivo una deuda que no se había contabilizado por la esposa. Citados a juicio verbal, el esposo pretende incluir un bien en el activo alegando que por error no hizo referencia al mismo en el acto de inventario. ¿Puede incluirse el bien en el inventario?

Si no existe oposición por parte de la esposa la inclusión del bien en el activo no

presentará problema alguno. En cambio, si aquélla se opone, el criterio mayoritario de los tribunales es no admitir ninguna adición ni exclusión que no quedase constatada en la diligencia de inventario. En consecuencia, sólo podrán ser objeto de controversia en el juicio verbal aquellas partidas sobre las que existiese discusión en la diligencia de inventario.

Para respetar el criterio jurisprudencial que se ha reseñado, lo correcto procesalmente será solicitar la adición al inventario mediante la presentación de una nueva solicitud. Si antes de pasarse a la fase de liquidación se hubiese resuelto la adición, no existe obstáculo en que el contador partidor tenga en cuenta tanto las partidas que inicialmente se incluyeron en el activo y pasivo, como las que resulten del procedimiento de adición.

14 SOCIEDAD DE GANANCIALES

En el momento de la formación de inventario, uno de los cónyuges pretende incluir en el activo el importe de un bien del que dispuso el otro de manera fraudulenta, oponiéndose a dicha pretensión la parte contraria. ¿Puede resolverse en el procedimiento de liquidación si uno de los cónyuges dispuso fraudulentamente de un bien?

No existe un criterio unánime entre los tribunales respecto a si el juicio de inventario puede extenderse a efectuar declaraciones sobre disposiciones fraudulentas de bienes. Por un lado, un sector sostiene que la rescisión de los actos de disposición en los que los adquirentes han actuado de mala fe son cuestiones impropias del trámite de formación de inventario, la cual debe ser objeto del oportuno juicio declarativo con sus consiguientes efectos, que no impiden una ulterior liquidación caso de ser estimada. En cambio, otro sector entiende que en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales pueden hacerse declaraciones sobre ilegalidad o fraudulencia de actos de disposición realizados por uno de los cónyuges a los efectos de incluir el importe actualizado del valor de los bienes enajenados en el activo comunitario, ya que el procedimiento liquidatorio reúne las características de un juicio universal, como lo evidencia el artículo 1402 del Código Civil, al permitir en el mismo la intervención de los acreedores.

Teniendo en cuenta que en el caso planteado no se solicita la rescisión de un acto dispositivo, sino sólo la declaración formal de que tal acto se realizó de forma fraudulenta, no siendo por tanto necesaria la presencia de terceras personas en la litis ya que la sentencia que se dicte no les afectará, quizás la segunda de las tesis sea la más apropiada al supuesto que analizamos.

15 SOCIEDAD DE GANANCIALES

¿Debe figurar en la propuesta de inventario de la sociedad de gananciales la valoración de los bienes que se han incluido en el activo?

El momento de valorarse los bienes en el procedimiento de liquidación de gananciales ha de ser al tiempo de la partición. La referencia a «importe» del artículo 809 LEC, no cabe entenderlo en el sentido de valor material o cuantitativo de la partida, sino al de conjunto de derechos que uno de los cónyuges ostenta dentro de esa partida.

16 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Se citó a los cónyuges de forma personal a la comparecencia de inventario y con los apercibimientos legales en caso de incomparecencia injustificada. Por coincidencia de señalamiento en el letrado de la parte so-

licitante, fue necesario suspender la diligencia de formación de inventario, citándose a los cónyuges para una nueva comparecencia, si bien en esta ocasión no se efectuó el apercibimiento personal en caso de incomparecencia. Llegado el día señalado, el demandado no compareció y en el acta se hizo constar que se le tenía por conforme con el inventario presentado por el solicitante. ¿Qué puede hacer el letrado de la parte demandada?

Sin duda lo procedente será solicitar la nulidad de lo actuado en la fase de inventario toda vez que se declaró a la esposa conforme con el inventario presentado por el esposo cuando aquélla no fue citada en legal forma y con los apercibimientos legales a la comparecencia, no siendo obstáculo para ello que sí se efectuasen dichos apercibimientos con ocasión de realizarse la primera citación.

17 GUARDA Y CUSTODIA

¿Es causa para modificar la guarda y custodia que la madre tenga una jornada laboral de tarde y que el padre tenga plena disponibilidad para ocuparse del menor durante este período?

Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de febrero de 2005, la jornada laboral de un progenitor no tiene en principio por qué condicionar la atribución de la guarda y custodia, ya que existirán muchos casos en los que precisamente por esta circunstancia habrá que acudir a terceras personas o a instituciones públicas o privadas para que se ocupen de los hijos menores durante este período. Otra cuestión distinta es que se haya acreditado que esa delegación de funciones no se haga en la persona adecuada, circunstancia que sí puede influir decisivamente en un cambio de guarda y custodia.

18 FILIACIÓN

Una persona pretende ejercitar una acción de reclamación de paternidad frente a los herederos del presunto padre ya fallecido. Antes de ejercitar la acción, tiene conocimiento de que ya se ha hecho la partición de la herencia e incluso que antes del fallecimiento del padre, se efectuó una compraventa simulada entre éste y una heredera forzosa del mismo. ¿Puede ejercitar acumuladamente todas estas acciones en un procedimiento declarativo?

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de diciembre de 2004, ha declarado la compatibilidad entre acciones de reclamación de filiación, declaración de herederos y declaración de preterición en testamento, y nulidad de compraventa.

19 RÉGIMEN DE VISITAS

La hija, que actualmente cuenta con quince años de edad, le ha manifestado a su padre que sólo desea contactar con él por teléfono sin perjuicio de que esporádicamente queden para comer. ¿Puede el padre solicitar judicialmente el cumplimiento del régimen de visitas?

Procesalmente no existe ningún obstáculo para que el padre presente la correspondiente demanda de ejecución, sin embargo, imponer a la fuerza a una hija de quince años la relación paterno-filial puede ser contraproducente.

20 UNIONES DE HECHO

Si uno de los convivientes entiende que su relación está sometida a una ley autonómica de parejas de hecho y el otro sostiene que dicha ley no le es aplicable ¿qué norma resolverá el conflicto?

A falta de una ley nacional de parejas de hecho, la aprobación de leyes autonómicas en diversos territorios puede provocar que según estas leyes una relación pueda quedar sujeta a las mismas en virtud de la vecindad civil o residencia de uno de los convivientes. Si el otro conviviente se opone a esta vinculación a la normativa autonómica la cuestión habrá que resolverla acudiendo a los criterios del Código Civil y, más en concreto, al criterio recogido en el artículo 9.2 por ser el precepto de aplicación en los supuestos de conflicto de leyes, en el territorio nacional, a los efectos de determinar qué norma debe aplicarse a la relación de pareja de hecho.

21 UNIONES DE HECHO

Estando vigente la relación de pareja de hecho los convivientes adquirieron un inmueble que escrituraron en el Registro de la Propiedad en *pro indiviso*. Rota la convivencia, el conviviente que ha venido abonando la mayor parte del préstamo hipotecario que gravaba el inmueble pretende en el procedimiento de división de cosa común que se declare que el mismo pertenece en un 30 % a la conviviente y en un 70% a él. ¿Es procedente dicha petición?

Entendemos que no. La titularidad del inmueble queda determinada en la escritura de compra en *pro indiviso* por ambos y la circunstancia de que uno de ellos haya abonado más cantidad que el otro del préstamo hipotecario no implica aumento de cuota respecto del bien, sino un derecho de reintegro por las cantidades abonadas de más.

22 UNIONES DE HECHO

Tras el cese de convivencia de una pareja de hecho que adquirió un inmueble y respecto al cual aún está pendiente de abonarse el préstamo hipotecario, ¿puede solicitarse en la demanda que se establezca la obligación del conviviente que no habita en la vivienda de abonar la mitad de las cuotas del préstamo hipotecario, de las cuotas de comunidad, etc.?

En la pareja de hecho no se tiene obligación de contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales, si bien con arreglo a los artículos 392, 393.1 y 395.1 del Código Civil, los copropietarios participan tanto en los beneficios como en las cargas que genere, y por tanto deben sufragarlas por mitad las que afecten a la cosa común, es decir, cuotas de amortización del préstamo hipotecario, IBI y comunidad.

23 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Constante la sociedad de gananciales, el esposo recibió una indemnización como consecuencia de un accidente laboral. Con la cantidad percibida y con otros fondos gananciales adquirieron un inmueble que inscribieron en su totalidad como ganancial en el Registro de la Propiedad. Ahora, al liquidarse la sociedad de gananciales, el esposo pretende que se declare que el inmueble le pertenece privativamente en un porcentaje equivalente al importe de la indemnización. ¿Puede prosperar esta pretensión?

Estamos ante un supuesto en el que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1355 del CC: «Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes».

Por tanto, no habiéndose indicado nada al respecto cuando se otorgó la correspondiente escritura pública de compraventa, el bien tendrá carácter ganancial sin perjuicio del derecho de reintegro que pueda tener el esposo por la cantidad aportada al matrimonio.

24 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Si el progenitor no custodio ha venido abonando en concepto de pensión alimenticia más cantidad de la que se estableció en la resolución judicial, ante el impago de algunas mensualidades ¿puede oponerse a la ejecución alegando pluspetición en base a que durante las mensualidades anteriores ha abonado más cantidad de la debida?

Si está acreditado que la pensión abonada mensualmente era superior a la que estaba obligado a abonar y que el exceso que se ingresaba no estaba dirigido a atender otras necesidades del menor o a pactos entre los progenitores, hay que entender que lo que se abona de más en una mensualidad hay que imputarlo a la siguiente y así sucesivamente.

25 PROCESAL

¿Procede tener por no presentada la petición que realiza la esposa en el escrito de contestación a la demanda en cuanto a que se fije una pensión compensatoria al no haberse formulado en forma la reconvención?

Si la demandada solicita en el suplico de la contestación la concesión de una medida no pedida por el actor, aun cuando no formule por separado esta petición, debe darse el tratamiento de petición reconvencional. La limitación de derecho en las normas procedimentales debe interpretarse con carácter restrictivo y por tanto, no prohibiendo expresamente la ley que la reconvención en los procedimientos matrimoniales pueda hacerse sin la observancia de las normas que para la reconvención se señalan en el art. 406.3 de la LEC –referidas al juicio ordinario– debe concluirse la admisibilidad de la reconvención formulada en el suplico de la contestación. Además, el artículo 770.2 de la LEC –específico del procedimiento de los procesos matrimoniales y de menores–, indica expresamente que la reconvención se propondrá con la contestación a la demanda, sin especificar como hace el artículo 406.3 que deberá hacerse a continuación de la contestación.

26 PENSIÓN COMPENSATORIA

Fijada una pensión compensatoria temporal en el convenio regulador que posteriormente fue aprobado en la sentencia de separación, ¿es factible solicitar un aumento del límite temporal fijado cuando se han alterado las circunstancias en el cónyuge beneficiario de la pensión de tal manera que no es previsible que en el período fijado inicialmente se corrija el desequilibrio económico?

El criterio general de los tribunales es no atender a esta petición, ya que pactado un plazo determinado para la extinción de la pensión compensatoria, las circunstancias que concurran posteriormente en los cónyuges no pueden influir en aquel pacto. No obstante, de forma excepcional, en determinadas ocasiones y ante supuestos de enfermedad grave del cónyuge beneficiario de la pensión se ha accedido a una ampliación del plazo.

Revista de Derecho de

familia

TRIBUNA ABIERTA

Renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico derivado de la separación o divorcio

Comentario a la sentencia de la AP de Asturias, Sec. 5.ª, de 12 de diciembre de 2000[1]

PILAR LÓPEZ MARCO

Abogada

I. PACTOS EN PREVISIÓN DE UNA EVENTUAL SEPARACIÓN O DIVORCIO

Junto a la libertad contractual entre cónyuges reconocida en el Código civil (artículos 1323 y 1325), las recientes normas autonómicas parecen ir más lejos al contemplar la libre regulación de las relaciones familiares (artículo 3 de la Ley aragonesa de régimen matrimonial[2]) e, incluso, la posibilidad de incluir en los capítulos estipulaciones y pactos lícitos en previsión de una ruptura matrimonial (artículo 15.1 del Código de Familia de Cataluña[3]), abriendo así la puerta al reconocimiento legal de estas **estipulaciones preventivas de futuro** que ya comienzan a tener algún reflejo en la sociedad[4].

En todo caso, en ausencia de regulación expresa, parece perfectamente admisible que los cónyuges, en ejercicio de su autonomía privada y dentro de los límites del artículo 1255 CC, puedan celebrar válidamente convenios en previsión de las situaciones de crisis matrimonial sobre cuestiones patrimoniales de libre disposición, como son, por ejemplo, la pensión compensatoria del artículo 97 CC, la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 CC o la prevista en el artículo 1438 CC.

Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la jurisprudencia[5] que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial[6] pero sí a

1. SAP de Asturias, 5ª 12 de diciembre de 2000, pte.: Muriel Fernández-Pacheco, M.ª Pilar, Sentencia: 690/2000, Recurso: 217/2000.

2. Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad de Aragón (artículo 3).

3. Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (BOE 198/1998, de 19 agosto, Ref. Boletín: 98/20137).

4. DGRN de 19 de junio de 2003 (EDD 2003/112605). Resuelve un supuesto en el que se intentaba inscribir unas capitulaciones matrimoniales que tenían como contenido exclusivo unas estipulaciones para el supuesto de que en un futuro se produjera una separación judicial y/o un divorcio, considerando la DGRN que estos pactos futuros en previsión de una eventual ruptura matrimonial, sin perjuicio de su validez, quedan al margen de la publicidad registral.

5. SSTS de 26 de enero de 1993 (EDJ 1993/509), 7 de marzo de 1995 (EDJ 1995/586), 22 de abril de 1997 (EDJ 1997/2156), 19 de diciembre de 1997 (EDJ 1997/8995), 27 de enero de 1998 (EDJ 1998/16) y 21 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/30785) y RRDGRN de 31 de marzo de 1995, 10 de noviembre de 1995 y 1 de septiembre de 1998.

6. STS de 15 de febrero de 2002, pte.: Corbal Fernández, Jesús (EDJ 2002/1681).

la concurrencia de los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 CC).

Su interpretación debe realizarse conforme a las normas que rigen la interpretación de los contratos[7]; es decir, con independencia de los términos utilizados, debe prevalecer la intención de los cónyuges (artículo 1281 CC), por lo que conviene hacer referencia en el propio acuerdo a los antecedentes o circunstancias que rodean tales pactos.

Lo cierto es, sin embargo, que tratándose de previsiones para un futuro hipotético, lo que hoy representa la **voluntad** de los cónyuges es probable que no coincida con sus respectivos **deseos** al acontecer la crisis conyugal. Ello puede motivar que la parte que se sienta perjudicada por dicho pacto suscrito con antelación decida instar la nulidad de tal negocio jurídico en principio perfectamente válido y eficaz.

Éste es el caso contemplado por la Sentencia de la AP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 en un supuesto en el que la esposa apelante, en escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales de 13 de marzo de 1992, renunció, al igual que su esposo, a pensión compensatoria, renuncia que pretende invalidar en el proceso de separación entablado diez años más tarde alegando que el consentimiento prestado en aquel negocio jurídico de familia no es válido porque no fue prestado libremente sino coaccionada por su esposo. La pretensión de la esposa se dirige, por tanto, a plantear una cuestión previa a la solicitud de la pensión compensatoria cual es la anulabilidad de la renuncia realizada en el documento público antedicho por vicio de consentimiento.

La Sala estima que si bien esta cuestión no puede ser resuelta en el procedimiento especial de separación, sí cabe examinar de oficio si dicha renuncia es válida o nula de pleno dado que se trata de una renuncia a un futuro, hipotético e incierto derecho, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación y está sujeto al condicionante de que la misma produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio. Por todo ello, declara la nulidad de pleno derecho de la expresada estipulación y procede a examinar si la esposa reúne los requisitos exigidos por el artículo 97 del Código Civil para ser acreedora de la pensión compensatoria.

Puesto que dicha sentencia contradice el principio de libertad civil de los cónyuges en una materia de libre disposición que sólo a ellos les afecta y que, como veíamos, inspira la normativa más reciente en esta materia, interesa analizar con mayor detalle la fundamentación jurídica de la expresada resolución en relación con la validez de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria.

II. RENUNCIA ANTICIPADA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Desde la celebración del matrimonio –relación jurídica básica– y como efecto indirecto del mismo, surge para cada cónyuge, por disposición legal (artículo 97 CC), la posibilidad de llegar a ser beneficiario de una pensión en caso de una eventual ruptura, siempre que la separación o el divorcio le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio.

7. STS, Sala 1.ª, de 22 de abril de 1997, núm. 325/1997, recurso 1822/1993, pte.: O'Callaghan Muñoz, Xavier (EDJ 1997/2156).

Cada nuevo elemento de hecho que venga sucediéndose –especial dedicación de uno de los cónyuges al hogar y la familia, nacimiento de hijos, transcurso de los años, enfermedades, pérdida de oportunidades profesionales, etc.– puede ir aumentando la probabilidad de que nazca este derecho. Sin embargo, hasta la decisión judicial que homologa el acuerdo de los cónyuges o determina en caso de conflicto la procedencia y cuantía de la pensión compensatoria, el cónyuge potencialmente beneficiario no tiene sino la mera posibilidad de llegar a ser titular de un derecho[8].

Es decir, los pactos que los cónyuges puedan celebrar al respecto en este momento se refieren a una mera **expectativa de derecho,** término poco útil, habitualmente relegado al cajón de sastre de los conceptos equívocos[9] pero que resulta preferible a los términos **derecho futuro o derecho condicional** que utiliza la sentencia comentada y cuyo real contenido y alcance presenta profundas diferencias y genera opiniones dispares[10].

En la doctrina española apenas existen autores que hayan abordado esta cuestión de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria. Entre ellos, Roca Trías[11] se muestra favorable a su admisión equiparándola a la renuncia previa a las acciones de indemnización por culpa en el cumplimiento de las obligaciones (artículo 1102 del Código Civil). No obstante, tal criterio no parece el más apropiado atendiendo a la tesis imperante sobre la naturaleza de la pensión compensatoria que excluye cualquier vinculación con la idea de responsabilidad por culpa.

Como argumento a favor cabría asimismo acudir a la regla *quae non sunt prohibita, permissae intelliguntur* (lo que no está prohibido se entiende permitido). En este sentido, el artículo 151 del Código Civil establece expresamente el carácter irrenunciable del derecho de alimentos. En otros caos, el legislador se ha preocupado de excluir la posibilidad de renuncia a determinados derechos o beneficios concedidos por las leyes, estableciendo la nulidad *ex lege* de tales pactos (artículo 1476 CC, artículo 6.1 de la Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964) o destacando el carácter imperativo de las normas cuando así lo ha estimado conveniente (artículo 3.1 de la Ley 12/1992 de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia); lo que no sucede con la pensión compensatoria.

En contra de la admisión de la renuncia previa, algún autor como García Cantero[12] considera que ello constituiría un acuerdo gravemente perjudicial para el cónyuge renunciante si se produjese el desequilibrio que trata de paliar la pensión. Lo cierto es que este mismo argumento, con cita del autor inclusive, lo encontramos diez años más tarde en la Sentencia de la AP de Soria de 25 de abril de 2002 que se declara la nulidad de la renuncia a la pensión compensatoria efectuada por la esposa en convenio privado. Destaca la Audiencia que:

8. Se habla así de la mayor o menor probabilidad del nacimiento del derecho subjetivo; pero, como señala De Castro (*Derecho civil de España*, Madrid, I, 1949, Reimpresión Ed. Civitas 1984, pp. 606 y ss.) jurídicamente, una situación es tan incompleta faltando uno que diez requisitos, de forma que su valor no depende de la cantidad, sino de la probabilidad que hay de que en cada caso, todos los requisitos se lleguen a reunir.

9. Iglesias, *Los derechos patrimoniales eventuales: Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia*, Ojanguren, Oviedo, 1961.

10. Azurza, «Sobre la naturaleza y disponibilidad de la posición de reservatario. Aportación a la teoría de las expectativas». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943 p. 70. Nueva Enciclopedia Jurídica/Carlos E. Mascareñas (ed.) 1995, 7 Rovira Mola *Calificación de los Derechos Futuros.*

11. Roca Trías, E., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, artículos 97.ª 101 del Código Civil, Tecnos, Madrid, 1984, p. 619.

12. García Cantero, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, artículos 42 a 107 del Código Civil, dirigidos por Manuel Albaladejo, Revista de Derecho Privado/EDERSA, 2.ª edición, Madrid, 1982, pp. 433 y 438.

> «La mejor doctrina ha venido considerando que el tenor literal del artículo 97 párrafo 1.º CC –"el cónyuge (...) tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial"– lleva a concluir que la pensión compensatoria tiene carácter necesario y es irrenunciable cuando concurran los presupuestos previstos legalmente (...) ya que el acuerdo de renuncia en esos casos sería un acuerdo gravemente perjudicial para uno de los esposos que impediría su homologación judicial conforme al artículo 90 párrafo 2.º CC o su plena eficacia en caso de que ni siquiera se hubiese planteado la posibilidad de homologación judicial por falta de ratificación a presencia judicial de uno de los esposos (por ejemplo García Cantero: "Comentarios al CC y Compilaciones Forales", Tomo II, p. 433).»

Esta misma tesis conforme a la cual el juez puede apreciar de oficio que el acuerdo relativo a pensión compensatoria es gravemente lesivo para uno de los cónyuges es refrendada por la SAP de Málaga de 30 de abril de 2004[13].

Al margen de que ni aun la mejor doctrina puede servir de fundamento de una decisión judicial, interesa destacar que la postura del citado autor es anterior a la sentencia del Tribunal Supremo antes citada de 2 de diciembre de 1987 que reconoció el carácter dispositivo de la pensión compensatoria[14].

Por otra parte, como señala Roca Trías, si se admite que pueda renunciarse a la pensión ya existente aun cuando se aprecie desequilibrio, también esta renuncia sería nula, puesto que produce el mismo perjuicio que la anterior.

En la actualidad, la tesis imperante en contra de la admisión de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria parte de la premisa de que no cabe renunciar a un derecho que aún no ha nacido[15]. Por ello, sólo a partir de la decisión judicial que establece la pensión el cónyuge beneficiario puede ejercitar su derecho o proceder a su extinción mediante renuncia. Hasta entonces, los cónyuges ostentarían una mera titularidad potencial, una mera **expectativa** o un **derecho futuro,** y, puesto que –se afirma– las expectativas y los derechos futuros no son renunciables, no es posible renunciar previamente a la eventual pensión compensatoria.

Ahora bien, siguiendo esta tesis, nos encontraríamos con que la renuncia a la pensión compensatoria efectuada en convenio regulador de la separación, al ser anterior a la sentencia constitutiva, sería igualmente una renuncia anticipada, efectuada antes del naci-

13. SAP de Malaga, sec. 5.ª; 30 de abril de 2004, pte.: Fernández Ballesta, Mariano, Sententencia 509/2004, Recurso 658/2003; (SP/SENT/58150).

14. STS, Sala 1.ª, de 2 de diciembre de 1987, pte.: Fernández-Cid de Temes, Eduardo, (EDJ 1987/8926). El Tribunal considera que el artículo 97 del Código Civil contempla un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio. Se trata, por tanto, de norma de derecho dispositivo que puede ser renunciada por las partes, sin que el Juez pueda adoptar de oficio tal medida.

15. Sobre el momento del nacimiento del derecho de pensión compensatoria *vid.* AP de Baleares, sec. 4.ª, Sentencia de 16 de febrero de 1998, pte.: Zaforteza Fortuny, Mariano (EDJ 1998/5326) «(...) las resoluciones jurisdiccionales meramente declarativas se basan en la existencia de la relación jurídica con anterioridad al litigio, mientras que las constitutivas producen ellas mismas la creación, modificación o extinción de un derecho siendo indiscutible que la sentencia de divorcio tiene naturaleza constitutiva (artículo 89 del Código Civil), parece también obvio que el pronunciamiento incluido en la misma resolución en orden a estatuir una pensión compensatoria –como medida económica derivada del divorcio, a tenor de lo previsto en el artículo 97 del Código Civil– es también constitutivo, en cuanto da lugar al nacimiento de ese derecho pecuniario, pues mantener lo contrario conduciría al absurdo de que lo accesorio produciría sus efectos antes que lo principal de que dimana.». En el mismo sentido, AP de Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de abril de 2002, pte.: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2002/24188) y AP de Castellón, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de febrero de 1999, pte.: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 1999/13817).

miento del derecho que supuestamente se abandona, y, ello no obstante, es admitida por los Tribunales sin cuestionar su validez[16].

Lo cierto es que el problema de validez de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria se halla íntimamente ligada a la delimitación del concepto de **renuncia,** su naturaleza, especies admitidas, efectos que produce y diferenciación con otras categorías conexas como la **exclusión de la ley aplicable.** Esta cuestión cobra especial importancia a la hora de analizar la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de diciembre de 2000.

Como veíamos, dicha sentencia reputa nula de pleno derecho la renuncia a pensión compensatoria efectuada por la esposa varios años antes de la demanda de separación. El Tribunal fundamenta su decisión en la STS de 18 de noviembre de 1957, conforme a la cual –según afirma la Audiencia– «la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes sólo cabe respecto de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer».

Sin embargo, examinada dicha Sentencia del Tribunal Supremo de 1957[17], se comprueba que la parte extractada por la AP de Asturias como fundamento de su decisión forma parte de un párrafo más amplio del siguiente tenor:

> «(...) las leyes, y más todavía las no dictadas, son irrenunciables según reconocen los artículos 11 de la repetida ley arrendaticia[18] y 4 del Código Civil, que no permiten la renuncia más que de los beneficios o derechos por ellas otorgados o concedidos, es decir, que sólo autorizan la renuncia de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual, como acto de enajenación, de hacer ajeno lo propio o de desaporderarse de lo que en su poder

16. SAP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 17 de marzo de 2000, Ref.: SP/SENT/26045 «El pacto por el que se renunció a la pensión compensatoria es plenamente válido y eficaz, al tratarse de una materia de derecho dispositivo y ser de aplicación a la misma lo establecido en el artículo 1254 del Código Civil, sin que tenga ninguna trascendencia al respecto que después de la firma del contrato no ratificase la solicitud de separación consensuada promovida por los trámites del mutuo acuerdo, ya que en lo que se refiere a la pensión compensatoria, el artículo 97 del Código Civil establece como primero de los criterios a aplicar, el de los acuerdos alcanzados por los cónyuges». SAP de Barcelona, Sec. 18.ª, de 31 de julio de 2002, Ref.: SP/SENT/40492 «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 (...) referente a la procedencia o no de la pensión compensatoria concedida en favor de la esposa y a cargo del marido, es de constatar, partiendo de la fuerza vinculante del convenio en todas aquéllas cuestiones relativas al Derecho de familia que no sean de orden público, que la misma efectivamente no procede en el caso que nos ocupa, tal como sostiene el recurrente, pues ningún pago por este concepto acordaron los cónyuges hoy en litigio en el indicado convenio regulador de los efectos de su separación».

En estos supuestos en los que la renuncia a la pensión se incluye en convenio regulador de la separación, sea o no homologado judicialmente, cabe entender que los cónyuges vienen a reconocer la ausencia del desequilibrio económico derivado de la crisis matrimonial y por tanto la imposibilidad de que nazca el derecho ante la ausencia de los presupuestos legales precisos para su nacimiento (en este sentido, SAP, Barcelona, Secc. 12.ª, de 17 de octubre de 2001, SP/SENT/33057). O bien, que, aun existiendo tal desequilibrio, optan por establecer otro tipo de compensaciones para el cónyuge afectado distintas a la pensión, normalmente en forma de atribución de bienes en la liquidación del régimen matrimonial, lo que equivaldría a una transacción judicial en los términos en que se define en el artículo 1809 del Código Civil, es decir, un negocio jurídico de derecho de familia por el cual las partes evitan un pleito o ponen término al que había comenzado, por el mismo. Partiendo de esta consideración, resultaría aplicable la regla interpretativa de la transacción incluida en el párrafo 2.º del artículo 1815 del Código civil en cuanto admite la renuncia general de derechos, aun los futuros, que tengan relación con el objeto del convenio transaccional.

17. STS de 18 de noviembre de 1957 (RJA 183).

18. Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 (RJ 1947, 434 y 434 bis).

tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer, categoría en la que no encaja el beneficio o derecho que otorgue una ley posterior a la fecha de realización del acto, creadora de la facultad que se renuncia, y que, en consecuencia, en dicho momento no existía ni podía hallarse en el patrimonio del arrendador ni en el de ninguna persona.»

Es decir, lo analizado por el Tribunal Supremo en esta Sentencia del año 1957 (que versa sobre la procedencia de aumento de renta de local de negocio) es no tanto la renuncia anticipada de derechos sino la llamada **renuncia de ley** (en ese caso, además, a una ley futura) posibilidad entonces excluida por la redacción entonces vigente del artículo 4 del Código Civil, cuya primitiva redacción establecía que «Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez »[19].

A tenor del citado precepto la doctrina venía diciendo de forma unánime que era posible la renuncia de los derechos adquiridos pero no cabía la renuncia a adquirirlos en el futuro, es decir, la denominada renuncia preventiva. Sin embargo, la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 introdujo en su artículo 6.2 la fórmula «la exclusión voluntaria de la Ley aplicable» consagrando la admisión de la hasta entonces denominada **renuncia de ley** ante la potenciación creciente del principio de autonomía de la voluntad privada que ya recogían los ordenamientos forales[20].

Como señala Diez Picazo[21], a tenor del artículo 6.2 parece que existen dos formas de renuncia: la **renuncia a los derechos** que han sido ya adquiridos, y la **renuncia a la ley,** entendida como voluntad de no llegar a adquirir aquellos derechos que por la normal aplicación de la ley se tendrían o llegarían a tener. Por otra parte, como señala el mismo autor, dentro del concepto de **ley aplicable** cabe englobar no sólo el bloque de reglamentación de una materia o situación, sino también cada una de las reglas de ese bloque. Cabría así excluir la aplicación de una norma concreta dentro del bloque, siempre que se trate de una norma dispositiva, como es el caso del artículo 97 CC[22].

El Tribunal Supremo por su parte considera que «la **exclusión voluntaria de la Ley aplicable** admitida por la preceptiva contenida en el apartado 2 del artículo 6 de nuestro Código Civil con la restricción de que no contraríe el interés o el orden público, ni perjudique a tercero, al significar por su alcance la trascendente consecuencia, que señala la autorizada doctrina científica, de una renuncia a la adquisición de derechos que por la normal aplicación de la Ley se tendrían o llegarían a tener, ha de ser interpretada restric-

19. Sobre los antecedentes históricos de este tipo de renuncia, *vid.* De Castro, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes,* Civitas, Madrid, 1985, pp. 63 y ss. El originario artículo 4 CC consagraba la tendencia legislativa imperante en el siglo XIX a favor del respeto a la Ley frente a la excesiva generalización de las cláusulas de renuncia a las leyes que había llegado a convertirse en una cláusula de estilo en las escrituras notariales.

20. Artículo 3 de Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón. Conforme al principio *standum est chartae* se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón. Ley 7. Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Conforme al principio *paramiento fuero vienze* o *paramiento ley vienze*, la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad.

21. Diez Picazo, L., *Sistema de Derecho Civil*, volumen I. Tecnos, 4.ª edición, Madrid, 1981, p. 228. Para este autor la renuncia preventiva «es en otras palabras, un negarse a adquirir». Rechaza, no obstante, que se trate de una renuncia en sentido técnico argumentando que «no hay extinción del derecho subjetivo por una disposición de su titular, ya que ese derecho no formaba parte de su patrimonio». Parece por ello más apropiado hablar de «exclusión de ley».

22. Abona esta tesis la utilización que en el propio Código Civil se realiza del término **ley,** en el sentido de norma jurídica-precepto. Por ejemplo, el artículo 1090 habla de las obligaciones que nacen de la **ley,** en el sentido de norma jurídica-precepto, como la obligación de alimentos que impone el artículo 142 del CC.

tivamente, adoptando como criterio para ello el que radica en la distinción entre leyes de carácter imperativo o necesario y leyes de carácter dispositivo o permisivo, no pudiendo excluirse por voluntad de los particulares interesados la aplicación de las primeras (...)[23]»

En definitiva, cabe entender que la decisión de la AP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 por la que se declara la nulidad del pacto de renuncia al eventual derecho de pensión compensatoria carece de fundamento con arreglo a la normativa vigente o la jurisprudencia aplicable: ninguna de las otras dos sentencias del Tribunal Supremo que la Audiencia invoca en apoyo de su decisión (SSTS de 18 de febrero de 1982 y 21 de abril de 1997[24]) se refieren a supuestos de hecho similares, mientras que la Sentencia de la misma Audiencia de 15 de noviembre de 1999[25] analiza un supuesto relativo a arrendamientos rústicos en el que se plantea el alcance de la renuncia de derechos efectuada por el arrendatario dado el cambio legislativo operado por la Ley 1/1992, de 10 de febrero. Acertadamente en este caso la AP de Asturias afirma que conforme a la reiterada doctrina del TS «la renuncia de derechos no puede referirse a otros que los reconocidos por la legislación vigente al tiempo de realizarse aquélla, pero no a los establecidos y regulados en la legislación posterior (SS de 24 de febrero y 30 de marzo de 1951, 18 de diciembre de 1952, 21 de enero de 1965)».

Entre la jurisprudencia podemos encontrar, por el contrario, diversas resoluciones de las que se desprende una interpretación favorable a la tesis de la admisión de la renuncia llamada preventiva, es decir, renuncia a adquirir un derecho aún no nacido o expectativa de derecho, aunque, como sucede con los fragmentos reproducidos por la SAP de Asturias, tales razonamientos no constituyan la *ratio decidendi* de las respectivas decisiones sino afirmaciones hechas a mayor abundamiento (*obiter dicta)*:

> «No se comparte que no sea posible renunciar a una expectativa de derecho, por cuanto es perfectamente posible que cualquier situación de futuro que incrementase el patrimonio de una persona pueda ésta, de antemano, dentro de su libertad contractual negociar sobre ese incremento». (STS, Sala 1.ª, de 22 de octubre de 1999, Pte.: Martinez Calcerrada Gómez, Luis; EDJ 1999/33323.)

> «[...] aparte de que cabe renunciar a un derecho eventual futuro y que su renuncia fue clara, explícita, inequívoca, terminante y sin dudas sobre su significado (...) no hay contrato, ni negocio jurídico bilateral, sino unilateral, con voluntad abdicativa de un derecho, o, si se quiere, expectativa tutelada por la Ley». (TS, Sala 1.ª, de 5 de abril de 1997.: Pte; Fernández Cid de Temes, Eduardo.)

23. STS de 7 de junio de 1983, Sala 1.ª, pte.: Jáuregui Sanchez, Antonio (RJA 1983/3452).

24. En la Sentencia de 18 de marzo de 1982, Sala 1.ª pte.: Santos Briz, Jaime (EDJ 1982/1597) el Tribunal Supremo analiza el alcance de una cláusula contenida en un contrato de promesa de venta otorgado en 1966 por la que la promitente imponía a quienes pudieran sucederle en la propiedad del inmueble la obligación de acatar y respetar su voluntad en el sentido de que bajo ningún pretexto puedan variar el precio que se ha fijado para la compraventa de las fincas de que se trata. El Tribunal Supremo rechaza la interpretación de tal cláusula como reveladora de un supuesto de renuncia anticipada al ejercicio de la acción de rescisión por lesión atendiendo fundamentalmente a que, de acuerdo con el artículo 322 de la Compilación de Cataluña la renuncia al ejercicio de la acción de rescisión sólo cabe después de celebrado el contrato lesivo y, por otro lado, que tal renuncia iría en perjuicio de tercero cual su heredera, actual recurrida, y por consiguiente sería ineficaz a tenor del artículo 6.2 CC.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1997, Sala 1.ª, pte.: Fernández-Cid de Temes, Eduardo (EDJ 1997/2155) el supuesto de hecho viene constituido por el ejercicio de una acción reivindicatoria a la que se opone el demandado alegando que su ocupación del inmueble obedecía a mediar entre las partes un contrato atípico y complejo generador de prestaciones que renunciaba a liquidar, contrato cuya existencia no consta acreditada de modo que resultaba no sólo innecesario, sino improcedente hablar siquiera de renuncia de derechos.

25. SAP de Asturias, Sec. 1.ª, de 15 de noviembre de 1999, núm. 609/1999, recurso 208/1999, pte.: Seijas Quintana, José Antonio (EDJ 1999/49696).

(La renuncia del derecho de tanteo y retracto legal a que se refiere la Ley 447 de la Compilación de Navarra es) «una especie concreta de la renuncia general de los derechos contenida en la ley 9 del Fuero Nuevo que, como ya declaró la Sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 1993, haciéndose eco de la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1976, 26 de septiembre de 1983, 16 de octubre de 1987 y 5 de mayo de 1989, supone la voluntaria abdicación de una situación, derecho o expectativa tutelada por la ley, con la finalidad de extinguir el derecho ya adquirido (renuncia propiamente dicha) o evitar su nacimiento (renuncia anticipada o preventiva) y que tal declaración o manifestación de voluntad abdicativa produce de inmediato el efecto jurídico pretendido con ella; sea la pérdida del derecho ya incorporado al acervo jurídico del renunciante, sea la exclusión de la expectativa misma de adquirirlo o integrarlo en su patrimonio». (STSJ de Navarra de 21 de febrero de 2003, núm. 6/2003; pte.: Abazurza Gil Miguel Ángel, BDB 3147/2003.)

> «la renuncia de los derechos reconocidos por la ley admitida con carácter general por el artículo 6.2 del Código Civil siempre que no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros puede ser descrito en general, como la declaración jurídica de voluntad por la cual un sujeto separa de su propia esfera jurídica un Derecho subjetivo, expectativa, facultad, pretensión, beneficio, seguridad, garantía o posición jurídica, **distinguiéndose las especies de renuncia abdicativa, preventiva o recognoscitiva según que venga referida respectivamente a un derecho adquirido, deferido o simplemente dudoso o controvertido».** (SAP de Madrid de 22 de junio de 2002, EDJ 2002/47900.)

III. CONCLUSIÓN

A la vista de cuanto venimos exponiendo cabe entender que no existe obstáculo legal para mantener la validez de los pactos de renuncia –o exclusión– del eventual derecho de pensión compensatoria puesto que se trataría de un acto lícito enmarcado en la libre voluntad de los otorgantes y, por tanto, vinculante conforme a los artículos 1254, 1255 y 1258 del Código Civil.

Su ineficacia sólo podría así obtenerse por concurrir cualquiera de los motivos previstos en el artículo 1265 del Código Civil, esto es, si el consentimiento se hubiera prestado por violencia, error, intimidación o dolo, cuya concurrencia no sólo debe alegarse sino acreditarse cumplidamente. No debe por ello ampararse la petición de ineficacia de la renuncia a la pensión compensatoria por el solo hecho de que el cónyuge demandante sea lego en derecho o afirme haber sufrido presiones para firmar el acuerdo, dado que ello es perfectamente remediable buscando el oportuno asesoramiento letrado o notarial que recoja la voluntad de los cónyuges de la manera más adecuada para que produzca efectos[26].

Hay que partir de que la suscripción de documentos es un acto serio y que tiene gran trascendencia, de modo que los documentos objeto de firma no pueden ser privados de efectos si no se prueba de forma clara que hubo algún vicio en el consentimiento. Las personas adultas son responsables de sus actos y deben asumir las consecuencias de los mismos. De lo contrario, la inseguridad más absoluta podría apoderarse de las relaciones entre las personas[27].

26. SAP de Vizcaya, Sec. 4.ª, de 7 de mayo de 2000, núm. 313/2002, pte.: Olaso Azpiroz Ignacio (BDB 14869/2002).

27. SAP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 11 de diciembre de 2003, núm. 192/2003, recurso 712/2003, pte.: Valdivieso Polaino, José Luis (EDJ 2003/184431).

En todo caso, resulta aconsejable huir de fórmulas genéricas y buscar una mayor precisión terminológica especialmente respecto a categorías o conceptos jurídicos que pueden resultar equívocos o, cuando menos, imprecisos.

Asimismo, para evitar la inseguridad jurídica derivada de la arbitrariedad de alguna de las partes o incluso de la posible aplicación por los tribunales de la cláusula *rebus sic stantibus*[28], sería conveniente recoger en capitulaciones matrimoniales no sólo las previsiones de futuro sino las motivaciones y antecedentes relativos a las circunstancias de cada cónyuge e incluso la posibilidad de revisión de las cláusulas en determinados supuestos (enfermedades, determinado número de hijos, situación laboral, etc.)

Finalmente, *de lege ferenda*, parece apropiada la inclusión en la regulación de la pensión compensatoria de un apartado que reconociese expresamente la posibilidad de excluir voluntariamente la aplicación del artículo 97 del Código Civil, a la manera del artículo 111.6 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña[29]:

> «Libertad civil. Las disposiciones del presente Código y de las demás leyes civiles catalanas pueden ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contrario, a menos que establezcan expresamente su imperatividad o que ésta se deduzca necesariamente de su contenido. La exclusión, la renuncia o el pacto no son oponibles a terceros si pueden resultar perjudicados por ellos.»

28. SAP de Granada Sec. 3.ª, de 19 de mayo de 2001, núm. 377/2001, pte.: Mochen Albiez Dormán, Klaus (BDB 23033/2001).
29. BOE núm. 32, de 6 de febrero de 2003.

La sanción penal de las actividades obstruccionistas del progenitor custodio en relación al cumplimiento de los regímenes de visitas

FRANCISCO JESÚS SÁNCHEZ PARRA

Magistrado sustituto de la Audiencia Provincial de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN

En un país como España en el que, según las últimas estadísticas, se produce una separación matrimonial cada catorce minutos y donde el punto de fricción más importante en las parejas en crisis suele ser el referente al cumplimiento de las medidas que se acuerden judicialmente en relación a los hijos menores de edad, es interesante que abordemos el tratamiento penal que en la actualidad se dispensa al incumplimiento por parte de los progenitores de dichas medidas, centrándonos en el presente artículo en aquellos supuestos en los que se viola el régimen de visitas del progenitor no custodio.

Suele ser denominador común de estos supuestos la alegación por parte de progenitor incumplidor como «excusa absolutoria» de que el hijo menor no desea ver al padre o la madre que no ostenta la guarda y custodia y que por tanto dicho progenitor custodio no puede forzar al menor hasta dicho extremo. Dicha circunstancia, muy frecuente en la práctica ha sido resuelta con claridad por la doctrina de nuestras Audiencias Provinciales donde se resalta que «aun partiendo de la hipótesis de que el menor rehúse estar en compañía de un progenitor, nuestro Ordenamiento Jurídico no tolera que por una vía de hecho se infrinja el contenido de una resolución judicial firme y ejecutiva; por el contrario, nuestro Derecho arbitra medios suficientes a los que se debe acudir. Las resoluciones judiciales que se dictan en materia de relaciones familiares no son inalterables sino que pueden adecuarse a cada momento, cuando éstas son sustancialmente distintas a las existentes al tiempo de la fijación de aquéllas, ofreciendo a tal fin nuestra normativa procesal el trámite del artículo 775 en relación con el artículo 771» (Sentencia de la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de 14 de mayo de 2004). Si bien y a diferencia de este problema, lo que no parece tan claro es el tipo penal en el que encuadrar estas conductas, ya que en este punto nuestras Audiencias Provinciales realizan diversas interpretaciones.

En cualquier caso, siempre resulta interesante una reflexión personal en este punto, para quien como yo se encuentra realizando funciones de Abogado Fiscal, por lo que tras examinar en el siguiente apartado la tipificación penal existente en la actualidad de estas conductas, aportaré en el último epígrafe las distintas interpretaciones de estos supuestos realizadas por algunas Audiencias Provinciales y mi postura personal al respecto.

II. REGULACIÓN LEGAL Y TIPIFICACIÓN PENAL

En primer lugar, siguiendo la interesante Sentencia de la Sec. 10.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de julio de 2004 (Fundamento de Derecho Segundo), hay que partir de la idea que, de acuerdo con la actual regulación penal de los delitos y faltas contemplada en la Constitución y en el Código Penal, nuestro sistema penal viene acotado por una serie de principios básicos. El primero de ellos es el de legalidad, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución que declara que la propia Constitución lo garantiza, y el artículo 25.1 que establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta, o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Igualmente el Tribunal Constitucional (STC 16/1981 de 18 de mayo) recuerda que también lo consagran los pactos internacionales que, por haber sido ratificados por España, sirven de medio de interpretación de las normas relativas a los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas proclamadas por la Constitución, según el artículo 10.2 de la misma. Tales son, en este caso, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y el Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

En primer lugar, hay que puntualizar que tan sólo merecerán reproche penal aquellas conductas **voluntarias de los progenitores,** de incumplimiento del régimen de visitas fijado por el Tribunal Civil, al resolver la cuestión familiar, siempre que dicha contravención se haga **de forma consciente y voluntaria, y con intención de contravenir lo señalado por la autoridad judicial; es decir, se trata de sancionar las actividades obstruccionistas de los progenitores, que impidan el normal desarrollo de los regímenes de visitas, en perjuicio de los intereses familiares y en especial de los menores** (Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona anteriormente reseñada). En este punto, la primera reflexión que nos debemos plantear los operadores jurídicos en materia penal es si este tipo de conductas son constitutivas de delito o de falta. En el ámbito delictual las dos figuras en las que se podrían encuadrar estas conductas son el delito de desobediencia del artículo 556 del Código Penal y el delito contra los derechos y deberes familiares del artículo 223. Ciertamente, desde mi punto de vista, veo difícilmente encajable estas conductas en estos preceptos. Respecto al artículo 556 del Código Penal, la desobediencia se configura, como ha señalado nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 10 de junio de 1998), en base a los siguientes elementos: 1) la existencia de una orden o mandato expreso y terminante, emanada de autoridad competente en el ámbito de sus atribuciones; 2) requerimiento formal de cumplimiento hecho al destinatario de la orden; 3) obstinada oposición del requerido. Se trata, como recuerdan Ángel Calderón y José Antonio Choclán, «de una conducta esencialmente dolosa y ha de realizarse con conocimiento de la condición de autoridad, o de agente de ésta, del ordenante, así como del contenido de la orden o mandato. Los mandatos ilegítimos y los que no aparezcan revestidos de las formalidades exigibles no están incluidos en el tipo. **La distinción de la falta correspondiente es meramente circunstancial, hallándose la diferencia en la entidad de lo que se desobedece antes que en la jerarquía de la autoridad ordenante»**. Por su parte, el artículo 223 tipifica una conducta omisiva de aquella persona que teniendo la custodia de un menor viole la obligación de entregarlo a sus padres o guardadores, habiendo sido requerido para ello. En mi opinión, salvo que se trate, en el caso del artículo 556 del Código Penal, de conductas especialmente graves que rayasen la violencia física para impedir el cumplimiento del régimen de visitas, estos supuestos obstruccionistas no merecen el calificativo de delito y menos aun por la vía del artículo 223 que interpreto de aplicación a aquellos supuestos en

los que el menor se encuentra bajo la custodia de una tercera persona distinta de los padres (pensemos en la figura del acogimiento).

Por lo tanto, creo que hemos de partir de la tipificación de estas conductas como falta. Ahora bien, con el Código Penal vigente en la mano ¿qué falta sería la adecuada para calificar estas conductas? ¿la prevista en el artículo 618.2 o la contenida en el artículo 622? El artículo 618.2 del vigente Código Penal, según reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, en vigor a partir del 1 de octubre de 2004, establece que «el que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días». Por su parte, el artículo 622 del Código Penal en redacción dada por Ley Orgánica 9/2002, señala que «los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses».

En este punto, existen versiones contradictorias por parte de nuestras Audiencias Provinciales. En este sentido, voy a reseñar los argumentos expuestos por dos Sentencias meridianamente claras en esta materia de entre todas las que he analizado, tras lo cual me posicionaré personalmente al respecto de esta problemática. La Sentencia de la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona de 17 de junio de 2004, incide sobre este problema y llega a la conclusión de la viabilidad de la calificación penal de estos supuestos obstruccionistas como una falta tipificada en el artículo 622 de nuestro Código Penal, si bien en su Fundamento de Derecho Segundo alerta de que «el ámbito de aplicación del artículo 622 sigue siendo polémico en cuanto a su interpretación, esto es, dicho precepto exige, con relación a la tipicidad de las conductas descritas, que en sujeto activo del mismo concurra la circunstancia de no tener atribuida la guarda y custodia del menor o puede serlo también el custodio». Para la Audiencia Provincial de Tarragona la actual redacción del precepto "obliga a una mayor reflexión, al contemplar una acción más amplia que el anterior desde el momento en que indica "los padres que sin llegar a incurrir en un delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia, infringieren el régimen de custodia de sus hijos menores establecido en resolución judicial o administrativa", contemplando así en general la infracción del régimen de custodia, (siempre que la sanción no sea más grave por resultar constitutiva de delito, ya sea de desobediencia o ya sea contra las relaciones familiares)». La Audiencia de Tarragona trae a colación el argumento esgrimido por otras Audiencias en defensa del menor, en concreto, por la de Guadalajara (Sentencia nº59/2003) señalando que «se trata de evitar en lo posible los supuestos perjudiciales que en el caso de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas acciones de sus progenitores, y qué duda cabe que ello acontece igualmente en el caso de que no se atienda o permita el régimen de visitas por parte de progenitor custodio establecido por resolución a favor del que no lo sea, pues en ambos casos se están protegiendo los derechos e intereses del menor».

Postura contraria a la aplicación en estos supuestos del artículo 622 del Código Penal y sí en cambio del artículo 618.2 sostiene la Audiencia Provincial de Cáceres (Sec. 2.ª), en Sentencia de 14 de mayo. En esta Sentencia se adjetiva al artículo 622 como un «tipo residual para las infracciones leves contra las reglas de guarda y custodia fijadas por resolución judicial o administrativa» y sostiene (Fundamento de Derecho Tercero) que tras su última reforma «el ámbito de aplicación de la infracción continúa circunscrita a las medidas sobre custodia de menores (de hecho, **sólo puede ser "víctima" de esta falta el que ostenta la**

custodia; por ejemplo, cuando el progenitor no custodio no hace entrega de un menor al progenitor custodio tras un período de estancia con aquél), **no refiriéndose al régimen de visitas del artículo 94 del Código Civil»**. Para la Audiencia de Cáceres la aplicación del artículo 622 del Código Penal a supuestos distintos del mencionado supondría «una interpretación extensiva o analógica de los tipos penales que no tiene cabida en el Derecho Penal». Por ello concluye que es a partir de la Ley Orgánica 15/2003 «cuando se establece un tipo penal (artículo 618.2) que castigue directamente (sin necesidad de previa ejecución civil cuya orden de cumplimiento se desobedece) las infracciones a las disposiciones relativas al régimen de visitas de una resolución judicial».

Desde mi punto de vista, no está desde luego tan claro que en tales supuestos la aplicación del artículo 622 fuese inviable o como sostiene la Audiencia de Cáceres resulte una interpretación extensiva o analógica del Derecho Penal. Sin embargo, me inclino a apostar en estos casos por el encuadre de estas conductas cuando no constituyan delito en la figura del artículo 618.2 del Código Penal, vigente desde el 1 de octubre de 2004, ya que lo considero un precepto penal más amplio en su redacción y cobertura que el artículo 622 y que además, hasta el momento actual, no ha ofrecido tantas dudas interpretativas en su aplicación por los Tribunales como el artículo 622, sobre todo en relación a la problemática expuesta de si pueden ser «víctima» de tal falta ambos progenitores o sólo el progenitor custodio.

Revista de Derecho de familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO DE FAMILIA

Universidad De Barcelona

PRESENTACIÓN

Desde el curso académico 1997-1998 se organiza desde el Departamento de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona una serie de estudios de tercer ciclo sobre el Derecho de Familia, dirigidos esencialmente a todas aquellas personas que, con titulación universitaria, deseen obtener una formación especializada y cualificada.

Durante el presente curso académico se ofrecen tres opciones adaptadas a los retos actuales del campo profesional y con el correspondiente reconocimiento universitario.

Prof. Dr. don Alfonso Hernández Moreno. Director del Master

El Máster en Derecho de Familia: El primer Máster universitario de esta especialidad en todo el estado que contiene una completa y específica formación sobre esta materia permitiendo a los profesionales la actualización de conocimientos sobre la legislación aplicable y la aproximación a las cuestiones más actuales desde sus diferentes campos de aplicación, como, por ejemplo, la mediación familiar o la adopción internacional.

Su impartición se desarrolla en un solo curso académico, entre octubre y junio, sin que su considerable carga lectiva (310 horas) suponga un obstáculo para su compatibilidad con otras actividades (tres sesiones semanales de 19.00 a 21.30 h).

Además de la asistencia a las clases, cada participante deberá desarrollar una serie de ejercicios prácticos, sobre la base de casos reales, que conformarán su evaluación y permitirán posteriormente el otorgamiento del correspondiente título académico.

La titulación oficial y el nivel del profesorado encargado de impartir el programa detallado son, sin duda, nuestra garantía de calidad en la formación superior.

El Diploma de Postgrado en Nulidad, Separación y Divorcio (correspondiente al módulo A del Máster): Comprende toda la materia relativa al desarrollo práctico de las actuaciones profesionales frente a las crisis matrimoniales, así como otros aspectos conexos, como son las incidencias fiscales o la tramitación de procedimientos en supuestos de parejas de hecho.

El curso, de 150 horas de duración, se desarrolla de forma intensiva, aunque en horario flexible (de 19.00 h a 21.30 h, de lunes a miércoles) entre los meses de octubre y febrero.

Además de la impartición del programa por reconocidos profesores, expertos en la materia, se orientará a los participantes, por destacados abogados matrimonialistas, sobre la elaboración de los documentos y ejercicios paulatinos sobre supuestos de hecho reales que se irán resolviendo a lo largo del curso.

El Diploma de Postgrado en Infancia, Protección de la Persona y Adopción (correspondiente al módulo B del Master): Se dedica al estudio y profundización en los problemas que se suscitan ante el desamparo de menores y los instrumentos adecuados para la resolución

de los problemas que se presentan, completándose el programa con los temas de potestad y los procesos de alimentos y filiación, discapacidad e incapacitaciones, y dándose una especial relevancia a la tramitación de las adopciones internas e internacionales.

Este curso, de 160 horas, se imparte entre los meses de febrero y junio (en horario de 19.00 h a 21.30 h, de lunes a miércoles).

Su evaluación consiste en la elaboración individual de un trabajo final de curso sobre alguno de los temas que se desarrollan en el programa, bajo la supervisión del Coordinador del curso, y que será evaluado por una Comisión de profesores designada al efecto.

Dado el éxito de las anteriores ediciones de estos cursos, no sólo entre personas recién tituladas, sino también entre profesionales que buscan ampliar y precisar sus conocimientos, en un ámbito que exige cada día más y mejores especialistas, el Departamento de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona, pone a su disposición, tres ofertas de postgrado, consolidadas por la calidad de sus docentes, verdaderos expertos en la materia, que han sabido combinar en todo momento el rigor académico universitario con una visión práctica que sólo puede dar la experiencia, y que ha merecido el mayor reconocimiento entre los estudios de tercer ciclo.

NUESTROS OBJETIVOS

La necesidad de formar expertos en el ámbito de aplicación del Derecho de la familia y la infancia viene dada por la relevancia cada vez mayor que tienen profesionalmente los juristas y otros profesionales dedicados a esta especialidad, ya que la compleja normativa actual requiere su conocimiento específico para la adecuada utilización de los recursos y la calidad de las actividades a emprender. Por estas razones, en el seno del Departamento de Derecho Civil, se planteó la oferta de estos cursos de tercer ciclo, con la finalidad de proporcionar a los licenciados en derecho y titulados en enseñanzas relacionadas con esta materia, un programa cuyo seguimiento les permitiera obtener la más alta calificación profesional en el ámbito de la defensa jurídica y de la atención específica, tanto individual como colectiva, de las personas cuyos derechos sean o puedan ser conculcados. Por esta razón, conviene destacar la relevancia que se da a lo largo del curso a la aplicación práctica de los conocimientos que se irán consolidando a partir de una formación superior, basada en las construcciones doctrinales más sólidas, en la jurisprudencia, en la aproximación a las instituciones públicas y privadas relacionadas con la materia, y en el empleo de los métodos o procedimientos aplicables.

VALOR ACADÉMICO Y TITULACIÓN OFICIAL

El Máster se puede completar en un solo curso académico y tiene un valor académico de 31 créditos, correspondientes a 310 horas lectivas. Se estructura en dos módulos, por lo que existe la posibilidad de asistir al módulo A (Postgrado en nulidad, separación y divorcio), con un valor académico de 15 créditos (150 horas), o al módulo B (Postgrado en infancia, protección de la persona y adopción), con un valor académico de 16 créditos (160 horas).

La organización didáctica del curso se compone de: clases magistrales, conferencias, casos prácticos, trabajos individuales. Durante el curso cada alumno irá completando el material didáctico teórico y práctico que le permitirá configurar el dossier del curso, recibiendo toda la documentación precisa para el desarrollo del programa.

Tras la evaluación final de los trabajos individuales realizados por los alumnos sobre las materias impartidas, y tras acreditarse la asistencia al 80% de las clases, se otorgará el título

oficial de MÁSTER EN DERECHO DE FAMILIA por la UNIVERSITAT DE BARCELONA (o, en caso de inscribirse en uno solo de los módulos el DIPLOMA DE POSTGRADO correspondiente).

FECHAS, HORARIOS, LUGAR

El Máster tiene una duración de 310 horas, distribuidas en dos módulos (cuatrimestres) que se corresponden, a su vez, con dos cursos de Postgrado. El primero, relativo al derecho matrimonial y los procesos correspondientes, se inicia en la segunda quincena de octubre y acaba a finales del mes de febrero. El segundo, sobre el derecho de la infancia y materias afines, comienza en esas fechas (finales de febrero) y concluye el mes de junio. Existe la posibilidad de cursar un cuatrimestre o bien, matricularse de todo el curso académico, según las intenciones formativas y de titulación del interesado.

Las clases se desarrollarán en un horario flexible, adaptado a las necesidades profesionales o complementarias, impartiéndose a últimas horas de la tarde, de 19.00 h a 21.30 h, de lunes a miércoles durante los días lectivos del calendario universitario (excepto períodos vacacionales, puentes y días festivos del año académico).

Todas las clases tendrán lugar en la sede de la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona, Av. Diagonal, 684, Barcelona. Se encuentra en la zona universitaria de la ciudad, conectada con transporte público (línea III de metro, estación Zona Universitaria, y las líneas de autobús que circulan por la parte alta de la Av. Diagonal).

CÓMO PREINSCRIBIRSE Y MATRICULARSE

Por las características de estos cursos de tercer ciclo y por la titulación oficial que se otorga tras superarlos, es necesario, como requisito de acceso, que el alumno esté en posesión de título universitario (diplomado o licenciado).

En el caso de titulados extranjeros es precisa la autorización previa del rector de la Universitat de Barcelona, que debe solicitarse por el interesado con antelación suficiente a la comisión de tercer ciclo y doctorado de la Facultad de Derecho de esta Universidad. Asimismo, existe, a disposición de los interesados, amplia información sobre la oferta de alojamiento para estudiantes universitarios en nuestra ciudad en la página web de la Universidad (www.ub.edu) y en el Servicio de Información y Atención a los Estudiantes (SIAE).

Es imprescindible formalizar una preinscripción, haciendo llegar, personalmente o por correo, al Departamento de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona (Av. Diagonal, 684. 08034 Barcelona), una solicitud de admisión, junto con un *curriculum*, fotocopia del título de acceso, fotocopia de DNI (ambas debidamente compulsadas) y dos fotografías de tamaño carné.

El primero de octubre se abrirá el período de matrícula para los aspirantes seleccionados que cumplan las condiciones exigidas en función de sus méritos.

Se comunicará personalmente la admisión al programa.

El precio de matrícula debe satisfacerse de una sola vez antes del inicio del curso, dado que la normativa de la Universitat de Barcelona no permite el pago fraccionado en los estudios propios de tercer ciclo. No obstante, existen posibilidades de financiación a través de diversas entidades bancarias que permiten fraccionar el pago en varias cuotas mensuales a tipos de interés especialmente reducidos.

El importe global del Máster (que incluye todos los costes del curso de un año académico: inscripción, matrícula, tasas, material, etc.) es de 1.900 euros.

El precio total del Diploma universitario de Postgrado de Derecho Civil en Nulidad, Separación y Divorcio es de 900 euros (primer cuatrimestre: octubre/febrero)

El precio total del Diploma universitario de Postgrado en Infancia, Protección de la Persona y Adopción es de 1000 euros (segundo cuatrimestre: febrero/junio)

Los participantes de los cursos de postgrado o master se consideran estudiantes universitarios de tercer ciclo y pueden utilizar los servicios de biblioteca y todos aquellos que se ofrecen a los alumnos de la Universitat de Barcelona durante el tiempo que duran los programas respectivos. En concreto, la Facultad de Derecho dispone de bolsa de trabajo que puede utilizarse como medio de proyección al campo profesional.

Estos diplomas de postgrado permiten su convalidación con el correspondiente módulo de Máster en futuras convocatorias.

El número de plazas es limitado, por lo que se recomienda agilizar los trámites de preinscripción y matrícula, dado que en anteriores convocatorias se han cubierto todas las plazas ofertadas.

DÓNDE PUEDE DIRIGIRSE

Por correo:

Dr. don Carlos Villagrasa Alcaide
Coordinador de Master y Postgrados Derecho de Familia
Facultad de Derecho UB
Av. Diagonal, 684
08034 Barcelona

Por teléfono:

+34 93 402 43 69 (Departamento)
+34 93 402 19 97 (Coordinador)
+ 34 661372808 (móvil)

Por fax:

+34 93 403 58 64 (Departamento)
+34 93 402 19 97 (Coordinador)

Por correo electrónico:

carlosvillagrasa@ub.edu (Coordinador)

iravetllat@ub.edu (Tutor)

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

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2005

17,10 euros/día o 513 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			

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS (CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.107,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de Derecho de

familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

PATRIA POTESTAD

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.

Es ajustada la decisión de privar al padre de la patria potestad al constatarse indicios de riesgo de abuso sexual por parte de aquél.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de abril de 2005.

GUARDA Y CUSTODIA

Es ajustada la decisión de establecer que el hijo mayor se quede con la madre y el menor con el padre, siendo esta solución la más apropiada al caso que se juzga, teniendo en cuenta el interés de los menores en un ámbito familiar muy conflictivo.
AP Toledo, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de abril de 2005.

La enfermedad mental que padece la madre no es obstáculo para la atribución de la guarda y custodia de la hija.
AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de abril de 2005.

No resulta aconsejable modificar el régimen de guarda y custodia atribuido al padre, puesto que fue la propia madre la que le cedió a aquél su desempeño, siendo indiferente que la madre haya estabilizado su vida y tenga nueva descendencia, ya que el menor está bien atendido por el padre.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 7 de abril de 2005.

RÉGIMEN DE VISITAS

La ausencia de convivencia entre los progenitores –no llegaron a constituir pareja de hecho– no determina un aspecto negativo o perjudicial que aconseje limitar o reducir el régimen de visitas o comunicación.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de abril de 2005.

No procede que un tercero pueda recoger al menor, pues dada la edad del mismo y la situación de falta de convivencia entre los progenitores, que conlleva el desconocimiento de la familia extensa, debe ser el padre el que personalmente lo recoja y lo entregue.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de abril de 2005.

Teniendo en cuenta que el hijo ha cumplido 10 años de edad, el establecimiento de un régimen de visitas consistente en un fin de semana de cada tres, desde la tarde del viernes a la tarde noche del domingo, más días festivos intersemanales de forma alterna y períodos vacacionales, ni es excesivo desde el punto de vista personal, ni ocasiona grandes trastornos, dada la frecuencia de los transportes entre las ciudades de Madrid y Barcelona.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 19 de abril de 2005.

No está justificado que durante los fines de semana alternos en los que el padre puede relacionarse con su hijo, éste no pueda salir de la localidad donde reside con su madre.
AP Burgos, Sec. 3.ª, Sentencia de 6 de abril de 2005.

No procede establecer régimen de visitas alguno dado que consta en informe del SATAV que los menores se encontraban muy atemorizados, negándose a ver al padre, y más ante el hecho de tener que verse solos con él.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de abril de 2005.

VIVIENDA FAMILIAR Y AJUAR FAMILIAR

Es procedente la atribución a la esposa del uso del domicilio familiar al ser su interés el más necesitado de protección mientras los hijos que conviven con ella cursen estudios de formación.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 20 de abril de 2005.

Procede fijar un límite temporal de 1 año a la atribución del uso de la vivienda familiar aunque se hayan acreditado problemas de salud en el cónyuge al que se le atribuye como consecuencia del consumo de alcohol que le lleva incluso a la constante pérdida de trabajos.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 15 de abril de 2005.

La demandada no ostenta un interés más necesitado de protección, para prorrogar indefinidamente la utilización de la vivienda conyugal, sobre todo cuando la persona con la que convive es propietario de una vivienda en la que pueden residir junto con los dos hijos nacidos de esta unión. Por ello, el uso se le otorga exclusivamente por dos años.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 13 de abril de 2005.

La atribución del uso del ajuar doméstico no va condicionado a que el mismo se utilice obligatoriamente en el domicilio familiar, pudiendo trasladarse al domicilio donde habiten los hijos.
AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de abril de 2005.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Es procedente la reducción de la cuantía de la pensión de alimentos de forma proporcional a la reducción de los ingresos del progenitor no custodio.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de abril de 2005.

No procede ni extinguir ni reducir la cuantía de la pensión alimenticia a favor de la hija que siendo mayor de edad está preparando oposiciones.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de abril de 2005.

Que el padre cuente en la actualidad con un nuevo hijo fruto de su relación con su actual pareja sentimental, así como la madre perciba mensualmente la cantidad de 300 euros mensuales, no implica alteración de circunstancias para reducir la pensión alimenticia.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de abril de 2005.

No puede reducirse la pensión de alimentos fijada en 300 euros mensuales en atención a los supuestos gastos que tiene el progenitor no custodio en los desplazamientos para cumplir el régimen de visitas, puesto que éste percibe unos ingresos mensuales de 2.029,27 euros.
AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de abril de 2005.

Teniendo en cuenta que el padre es socio de una empresa familiar, se presume que percibe más ingresos que los provenientes de la pensión de invalidez no contributiva.
AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de abril de 2005.

El nacimiento de un nuevo hijo fruto de una relación posterior no puede determinar *per se* la reducción de la pensión alimenticia reconocida a sus hijos anteriores, sin que el alimentante haya justificado una merma sustancial de sus ingresos.
AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 8 de abril de 2005.

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.

No ha lugar al establecimiento de pensión compensatoria a favor del esposo, ya que han transcurrido 11 años de separación de hecho, con economías independientes.
AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de abril de 2005.

No puede extinguirse la pensión compensatoria por el hecho de que se haya liquidado la sociedad de gananciales, ya que ello no supone ningún cambio de circunstancias.
AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 8 de abril de 2005.

CUESTIONES PROCESALES

Recurso de casación por interés casacional contra Sentencia recaída en juicio verbal de separación. Interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales que no se justifica en fase de preparación. Interés casacional artificioso. Se desestima la queja.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 31 de mayo de 2005.

Es ajustada la imposición de las costas al actor cuando ha visto desestimadas todas sus pretensiones, considerando que el artículo 394 de la LEC resulta de aplicación a todos los procesos declarativos.
AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 8 de abril de 2005.

El interés casacional no puede versar sobre cuestiones procesales propias del recurso extraordinario por infracción procesal. La improcedencia del recurso de casación determina la del extraordinario por infracción procesal.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 22 de marzo de 2005.

Recurso de casación contra Sentencia dictada en procedimiento de modificación de medidas definitivas. Resolución no recurrible en casación. Se desestima la queja.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 22 de marzo de 2005.

Se desestima el recurso de queja por no haber cumplido el recurrente el requerimiento referente a la aportación de testimonios.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 15 de marzo de 2005.

Recurso de casación por interés casacional contra Sentencia recaída en procedimiento de separación. Inadmisión del recurso por omisión de cita de la norma infringida en el escrito de preparación (artículo 483.2.1.º, inciso segundo, en relación con el artículo 479.4 de la LEC de 2000) y por preparación defectuosa al no haberse acreditado el interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales (artículo 483.2.1.º, inciso segundo, de la LEC de 2000, en relación con el artículo 479.4 de la misma Ley).
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 1 de marzo de 2005.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Denegación de exequátur de una sentencia de divorcio dictada por los Tribunales de Estados Unidos de América por no aportar debidamente legalizada o apostillada la resolución objeto del exequátur ni acreditar la firmeza de la misma.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 7 de junio de 2005.

Denegación de exequátur por no aportar con las debidas garantías de autenticidad la resolución objeto de reconocimiento, no acreditar la firmeza de la misma ni acreditar la citación y emplazamiento de la parte demandada en el pleito de origen (artículo 15 del Convenio Hispano-francés de 28 de mayo de 1969).
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 24 de mayo de 2005.

Concesión de exequátur a la sentencia de divorcio pronunciada por los Tribunales de Australia, si bien limitando el objeto del mismo a la disolución de vínculo matrimonial.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 17 de mayo de 2005.

Se declara vulnerado el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, al haberse estimado la oposición a la ejecución efectuada por el esposo frente a la demanda en la que la esposa reclamaba las pensiones compensatorias impagadas que se acordaron en la separación, en base a que en la sentencia de divorcio no se hizo pronunciamiento alguno respecto a la pensión compensatoria.
Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 96/2005, de 18 de abril.

Solicitud de reconocimiento de Sentencia dictada por los Tribunales franceses por la que se homologa acta notarial que contiene la partición amistosa de la Comunidad de los esposos, así como la herencia de los mismos. Convenio Hispano-francés de 28 de mayo de 1969.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 15 de marzo de 2005.

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 pudiese existir en cuentas bancarias.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2005.

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 gananciali dad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2005.

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.

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.

Recurso de casación contra Sentencia dictada en incidente sobre formación de inventario promovido para la liquidación del régimen económico-matrimonial de sociedad legal de gananciales. Resolución no recurrible en casación. Se desestima la queja.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 17 de mayo de 2005.

Nulidad de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial determinando el activo de la sociedad de gananciales al haberse constatado la existencia de un error en el saldo existente

en una cuenta bancaria. La no interposición del incidente de nulidad de actuaciones ante la Audiencia Provincial no es causa para la no admisión del recurso de amparo.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 114/2005, de 9 de mayo.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La medida más adecuada para la protección del menor corresponde adoptarla en todo caso a la entidad pública, pudiendo impugnarla ante la autoridad judicial. La intervención judicial es meramente revisora, no siendo por tanto procedente que, tras decretarse el acogimiento, sea el SATAV quien se ocupe del seguimiento de los menores.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de abril de 2005.

FILIACIÓN

Inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil.
Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 156/2005, de 9 de junio.

El plazo de caducidad establecido en el artículo 136 del CC para impugnar la paternidad matrimonial no comenzará a correr mientras que el marido ignore que no es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil. Votos particulares.
Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 138/2005, de 26 de mayo.

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.

CUESTIONES PENALES

Condena por un delito de revelación de secretos al esposo que instaló un programa de ordenador en su domicilio para controlar el correo electrónico de su esposa y las conversaciones en el chat, aportando dicha información en el procedimiento de separación como fundamento para que se le atribuyera la guarda y custodia de la hija menor.
AP Madrid, Sec. 17.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2005.

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.

Procede la condena por un delito de maltrato familiar del artículo 153 del CP dado que la sola declaración de la víctima, concurriendo ciertos requisitos, puede enervar la presunción de inocencia.
AP Cantabria, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de abril de 2005.

Habiendo sido absuelto en la Sentencia del Juzgado de Instrucción por las faltas de maltrato de obra, amenazas y contra la propiedad de las que fue acusado por el Ministerio Fiscal y su esposa, la Audiencia Provincial le condenó en base a una nueva valoración de las pruebas testificales infringiendo con ello los principios de inmediación y contradicción ya que las únicas pruebas de cargo eran los mencionados testimonios, por lo que se le concede el amparo y se anula la Sentencia de apelación.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 91/2005, de 1 de febrero.

Habiendo interpuesto el padre demanda de impugnación de paternidad y desistiendo posteriormente de la misma al conocer el resultado de la prueba biológica, la madre, en nombre propio y en el de su hijo, interpuso querella por estafa procesal que no fue admitida a trámite en base a la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del CP y de la prohibición de accionar penalmente entre determinados parientes consignada en el artículo 103 de la LECrim, causas que sólo afectaban a la acción ejercida en nombre de su hijo, pero no a la ejercitada en nombre propio.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 21/2005, de 1 de febrero.

Condena por un delito de amenazas, consumado con la finalidad de que una persona contrajese matrimonio a efectos de poder obtener el condenado, la nacionalidad española o el permiso oficial de residencia. No obstante se deja sin efecto el pronunciamiento que declaraba la nulidad del matrimonio al carecer de jurisdicción el Tribunal Penal.
Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 17 de enero de 2005.

OTRAS CUESTIONES

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.

No procede la indemnización contenida en el artículo 41 del CF, dado que no se constata la existencia del necesario desequilibrio patrimonial, al ser ambos patrimonios similares.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 19 de abril de 2005.

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.

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS