Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 26
enero·marzo 2005

Director:
Antonio Javier
Pérez Martín

Sumario

Presentación	3
Índice	7
Estudios Doctrinales	19
Jurisprudencia	95
Resoluciones de la DGRN	237
Sección Práctica	259
Tribuna Abierta	273
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	303
Avances Jurisprudenciales	307

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.

El divorcio que viene

Reformar la legislación matrimonial siempre ha sido un problema y prueba de ello es que han transcurrido más de 23 años desde que se restauró el divorcio en nuestro país para que el partido en el gobierno se haya decidido a acometer la modificación. ¿Era necesaria la reforma? Desde luego. El transcurso de todo este tiempo y sobre todo los enormes cambios sociales que se han producido en nuestro país han puesto de manifiesto la necesidad de eliminar de la legislación matrimonial algunas cuestiones que hoy por hoy no tienen sentido ni justificación. Como acertadamente se indica en la exposición de motivos del proyecto de ley, el evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad ha privado paulatinamente a estas normas de sus condicionamientos sociales.

Lo que más llama la atención del proyecto es la supresión de las causas para solicitar la separación o el divorcio. Lleva mucha razón la Vicepresidenta del Gobierno, Sra. Fernández de la Vega, cuando señalaba que «hoy el Estado pregunta a los cónyuges por qué se quieren separar y muchas veces les piden pruebas. No tiene sentido, nadie tiene que justificar por qué se casa y nadie tiene que justificar por qué se separa». Cuando los cónyuges no se llevan bien y tras los lógicos intentos de recuperar el matrimonio que finalmente fueron fracasando, no tiene ningún sentido que para que se decrete judicialmente la separación haya que alegar y probar por qué ha desaparecido ese deseo de convivir juntos que expresaron al dar el consentimiento matrimonial. Ya muchos tribunales acogían como causa de separación la falta de afecto marital, pero aun en estos casos mucho de la prueba giraba en torno a la causa de separación y había que traer a parientes y amigos para que llevasen al tribunal al convencimiento de que existía causa de separación. Cuando se apruebe la nueva normativa, todo esto desaparecerá, y bastará la sola voluntad de uno de los cónyuges para que se decrete la separación sin necesidad de alegar ni acreditar causa alguna, preservándose de este modo la intimidad familiar que antes quedaba totalmente al descubierto.

El tema del divorcio sin causa, bastando el transcurso de tres meses desde que se contrajo el matrimonio, o sin plazo alguno si se acredita 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, es sin duda la gran preocupación de un amplio sector de la sociedad que entiende que para que se decrete el mismo habrá que esperar a que pase más tiempo. Pero ¿más tiempo para qué? ¿Para ver si se reconcilian? Es cierto que después de dictarse la sentencia de separación existe un porcentaje de personas que se reconcilian y se deja sin efecto lo acordado en la separación, pero también lo es que ese porcentaje no alcanza al 3 o 4% de las parejas. Por tanto, carece de sentido mantener la vigencia de un matrimonio cuando los cónyuges ya no quieren ni verse.

¿Qué problemas pueden presentarse con la posibilidad de obtener el divorcio en un plazo de tres meses desde que se celebró el matrimonio? En principio, que cualquiera de los cónyuges puede volver a casarse. Desde algún sector doctrinal se apunta que esta facilidad para obtener el divorcio de alguna manera propicia la falta de responsabilidad de las personas a la hora de contraer matrimonio. Eso es cierto y también lo es que la institución matrimonial sale perjudicada tras la reforma. Pero en fin, tendremos que ir acostumbrándonos a que una señora nos presente a su segundo, tercer o cuarto esposo, o que un señor nos hable de los

hijos de su tercer matrimonio. La verdad es que nadie se escandaliza cuando leemos en cualquier revista del corazón que un actor o actriz ha cambiado de pareja, y son ya ... tres, cuatro o cinco relaciones anteriores las que se le conocen.

Me comentaba el otro día Luis Zarraluqui que después de aprobarse la ley que autoriza el matrimonio de homosexuales en Holanda sólo se habían casado unas 150 parejas. Pues eso mismo es lo que va a pasar en España con la nueva legislación matrimonial, que aunque se tenga la posibilidad y el derecho de poder casarse y divorciarse al poco tiempo para, de nuevo, volver a casarse, ello no va a significar un aumento de las parejas que entran en crisis, porque la crisis de la pareja no depende de la legislación matrimonial sino de otras cuestiones muy distintas. El peligro de la nueva legislación viene de la mano de la regulación de la inmigración. Basta hojear las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado para ver que un número importante está destinado a denegar la inscripción de matrimonios de conveniencia y hay que ser realistas, un inmigrante que ha obtenido la nacionalidad española es en potencia una fuente interminable para obtener legalizaciones si cada año se casa y se divorcia. Pero este problema habrá que atajarlo desde la reforma de la legislación en materia de nacionalidad.

El mayor avance que se consigue con la reforma de la legislación matrimonial está en la eliminación de procedimientos. Si una pareja quiere divorciarse no tendrá que pasar previamente por la separación. Esto significa indudablemente un menor coste económico para los cónyuges en el momento de liquidar su relación y una menor carga de trabajo para los cada días más saturados Juzgados de Familia.

Otra de las cuestiones que aborda la reforma es la pensión compensatoria introduciendo unos interesantes matices que por fin dejan perfectamente claro que cabe la posibilidad de limitarla temporalmente o de fijarla en una prestación única.

El tema de la guarda y custodia también es objeto de revisión, si bien no tiene un calado tan importante como se pretendía en el texto del anteproyecto en el que se pretendía dar la siguiente redacción al artículo 92 del CC «los padres podrán acordar o, en su caso, el juez podrá decidir, a instancia de parte y siempre en beneficio del menor, que la guarda de los hijos sea ejercitada por uno solo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos». En el texto del proyecto de ley desaparece la guarda y custodia compartida decidida exclusivamente por los padres y pasa a ser, como el resto de medidas que afectan a los hijos, controlada por el tribunal, previo informe del Ministerio Fiscal, y lo que es muy importante, valorando las relaciones que los padres mantengan entre sí.

Desde el punto de vista procesal, el proyecto de ley contiene las modificaciones oportunas para que tengan eficacia las normas sustantivas, si bien, se ha colado la reforma del artículo 775 de la LEC que nada tiene que ver directamente con la modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, pero que era un tema que desde todos los sectores se venía exigiendo: que el procedimiento contencioso de modificación de medidas se tramite siguiendo las normas del artículo 770 de la LEC.

La última cuestión que nos queda por abordar es lo que no contiene la reforma y debería contemplar: la reforma del artículo 96 del CC relativo a la atribución del uso de la vivienda para eliminar el automatismo y permitir cierta maniobrabilidad ante situaciones atípicas; también debería abordarse en un mismo proyecto la regulación de las parejas de hecho; igualmente y ante matrimonios de corta duración sería conveniente obligar a los cónyuges en el momento de contraer matrimonio a optar por un régimen económico haciendo desaparecer los regímenes subsidiarios, en especial el de gananciales; eliminar la obligatoriedad de que los hijos tengan que ser oídos en los procedimientos de mutuo acuerdo; dotar a la ejecución de las resoluciones dictadas en los procesos matrimoniales de

unas verdaderas normas especiales, adoptando medidas más severas en los casos de impago de pensiones. Junto a ello resulta imprescindible la creación de un orden jurisdiccional de familia para que todos los ciudadanos puedan acudir a un juzgado especializado que contará con personal dedicado exclusivamente a esta materia. En resumen, que no todos los problemas de la legislación de familia se resuelven suprimiendo las causas de separación o divorcio, hay otras cuestiones igual o más importantes que deben merecer la atención del legislador.

Esperemos que en la fase de tramitación parlamentaria pueda completarse el texto del proyecto para así dar una respuesta adecuada a las necesidades que demanda nuestra sociedad.

ÍNDICE

ESTUDIOS DOCTRINALES

El procedimiento para la división judicial de la herencia.
José Luis Seoane Spiegelberg. 21

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No se admite a trámite el recurso de amparo que denunciaba la falta de audiencia de la presunta incapaz en el proceso de incapacitación ya que no se ha acreditado que esta audiencia redundaría en mayores garantías para la incapacitada, igualmente, al vivir los padres de la incapaz en el momento de tramitarse el expediente, no era obligatorio oír a la hermana de la incapaz. Aunque se reconoce que se han cometido ciertas irregularidades en la tramitación del expediente el Tribunal Constitucional considera que no tiene la entidad suficiente como para que se declare la nulidad de actuaciones.
Tribunal Constitucional, Sec. 4.ª, Auto 257/2004, de 12 de julio. 97

Inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Instrucción respecto al artículo 153 del Código Penal en cuanto a la falta de proporcionalidad entre el comportamiento delictual castigado y la pena aplicable.
Tribunal Constitucional, Pleno, Auto 233/2004, de 7 de junio. 99

No es causa para declarar la nulidad de actuaciones que no se diese traslado al Ministerio Fiscal del recurso de apelación planteado contra la sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas.
Tribunal Constitucional, Sec. 4.ª, Auto 151/2204, de 27 de abril. 106

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

No es necesario demandar en el procedimiento de reclamación de paternidad al compañero sentimental de la madre aunque esté ejerciendo las funciones de la patria potestad desde el nacimiento del menor.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de diciembre de 2003. 108

Inadmisión del recurso de casación interpuesto por el padre cuya filiación se ha declarado en la sentencia en el que alega la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la madre del actor, ya que a su entender también le afecta la sentencia dictada.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 20 de enero de 2004. 110

Estimación de la demanda de reclamación de paternidad con base en la declaración de la propia madre del actor, la de un testigo que declaró, sin precisar fecha, haber visto al demandado con la madre del actor, y a la aportación de una fotografía de grupo, unido todo ello a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de marzo de 2004. 111

Desestimación de la demanda interpuesta por el padre para la cancelación de la inscripción de nacimiento y basada en presuntas irregularidades formales, y con la que pretende una impugnación de la paternidad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2004. **113**

PATRIA POTESTAD

No procede privar al padre de la patria potestad ya que fue la madre la que se trasladó a otro domicilio y ocultó la dirección tanto al padre como a su familia más próxima, lo que impide culpar al padre en exclusiva de un incumplimiento grave y voluntario de los deberes inherentes a la patria potestad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de noviembre de 2003. **116**

Insuficiencia del poder a Procuradores otorgado por la madre en su propio nombre, cuando además de hacerlo con esa cualidad también lo hacía en representación de sus hijos menores de edad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2003. **118**

La asistencia del menor con su padre a reuniones del grupo religioso al que pertenecía (Testigos de Jehová) no es por sí causa suficiente para privarle de la patria potestad, no habiéndose detectado de las pruebas practicadas causa suficiente para determinar una medida de esa entidad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2004. **120**

PENSIÓN ALIMENTICIA

Fijación de pensión alimenticia a favor de la hija mayor de edad sin que sea obstáculo para ello que hubiese trabajado durante algunos meses ni que comparezca asistida y representada por profesionales de libre designación.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de noviembre de 2003. **121**

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en un supuesto en el que los cónyuges contrajeron determinadas deudas actuando como administradores apoderados de una sociedad que estaba constituida por sus dos hijos, dándose la circunstancia que dicha sociedad carecía de patrimonio.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 2003. **123**

Estimación de la tercería de dominio interpuesta por la esposa, ya que el poder que se confirió al esposo y en virtud del cual afianzó en su nombre una operación mercantil solo se extendía a los bienes gananciales pero no a los que tenían carácter privativo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de noviembre de 2003. **124**

La acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte de la liquidación de la sociedad de gananciales puede ejercitarse aun cuando la misma se halla llevado a efecto en un convenio regulador.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2003. **126**

El derecho de uno de los cónyuges a la pensión de jubilación tiene carácter privativo, pero las pensiones percibidas por el mismo durante la vigencia de la sociedad conyugal, son de carácter ganancial.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2003. **128**

Carácter privativo de dos inmuebles adquiridos por el esposo en régimen de cooperativa antes de contraer matrimonio siendo aplicable la legislación anterior a la reforma del Código Civil efectuada por la ley de 13 de mayo de 1981.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2003. **131**

Nulidad de las capitulaciones matrimoniales al haberse otorgado por la esposa bajo intimidación, comenzando a transcurrir el plazo para el ejercicio de la acción cuando cesó la convivencia entre los cónyuges como consecuencia de la sentencia de separación.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de enero de 2004. **133**

La fecha de disolución de la sociedad de gananciales es la coincidente con la sentencia que no admite ningún recurso ordinario ni extraordinario, que en este caso y tratándose de un procedimiento tramitado conforme a la antigua LEC, será la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo, exclusión del inventario de los regalos de boda.
Inclusión en el inventario del importe actualizado de las primas del seguro de vida contratado por el esposo y del stock de medicamentos de la farmacia del esposo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de enero de 2004. **135**

No procede incluir en el activo de la sociedad la cantidad que percibió el esposo como consecuencia de indemnizaciones derivadas de contribuciones previas del trabajador al Fondo de Garantía Salarial, ya que dicha cantidad se aportó para entrar a trabajar en otra empresa que posteriormente fue declarada en suspensión de pagos.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2004. **139**

Ineficacia del documento privado en el que los cónyuge dividían los bienes existentes entre ambos al considerarse a dicho documento como una mera oferta o proyecto contractual que no había sido aceptado por la esposa en su momento, sino después de tramitarse los procedimientos de separación y divorcio, en los que precisamente se revolvió, respecto al uso de los inmuebles, de forma opuesta al contenido de aquel documento.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2004. **142**

Carácter ganancial de un bien aun cuando el mismo se adquiriese por los cónyuges después de haberse otorgado capitulaciones matrimoniales y antes de haberse contraído la deuda por el esposo, ya que la modificación del régimen de gananciales había respondido a un propósito fraudulento.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de marzo de 2004. **144**

Carácter privativo de la indemnización que por una negligencia médica debió abonar el esposo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de marzo de 2004. **150**

Procedencia de la división del inmueble adquirido por los cónyuges en régimen de separación de bienes sin que pueda ser tenida en cuenta la deuda que, según el esposo, se mantiene con su padre que finalmente no pudo ser parte en el procedimiento por los problemas surgidos en el cumplimiento de la Comisión Rogatoria.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de abril de 2004. **153**

VIVIENDA FAMILIAR

Inoponibilidad del derecho de uso atribuido en un procedimiento matrimonial frente a terceros de buena fe, habida cuenta que después de constituirse la hipoteca sobre dicho inmueble, la esposa, ocupante del mismo, no inscribió el derecho de uso en el Registro, a pesar de tener conocimiento del inicio del procedimiento del artículo 131 de la LH, siendo por tanto el adquirente, tercero de buena fe.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de abril de 2004. **156**

PROCESAL

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en el incidente de juicio verbal para determinar si los padres están o no incursos en causa de privación de la patria potestad no cabe recurso.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 30 de diciembre de 2003 **160**

Inadmisión del recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en procedimiento de menor cuantía para la fijación de visitas a los abuelos al no acreditarse el interés casacional, ya que la parte recurrente no ha acreditado tal interés, limitándose a esgrimir que la sentencia recurrida se opone a lo resuelto por otras Audiencias en orden a la fijación de unos concretos regímenes de visitas a los abuelos.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 20 de enero de 2004. **162**

Inadmisión del recurso de casación interpuesto contra una sentencia de divorcio al no haber acreditado el recurrente el interés casacional, no habiendo aportado dos sentencias de un mismo órgano jurisdiccional con un criterio dispar al contenido en otras dos sentencias de distinto Tribunal.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 16 de marzo de 2004. **164**

MENORES

Condenado un colegio privado por el daño moral causado a consecuencia de la expulsión de un alumno sin haber informado ni haber dado audiencia al interesado ni a sus padres, sin haberles notificado el instructor designado, ni los cargos que se le imputaban, habiéndoseles privado de la posibilidad de presentar pruebas.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2003. **166**

UNIONES DE HECHO

No se concede indemnización tras el cese de la unión de hecho habida cuenta de que ambos realizaron trabajos fuera de casa y con esos ingresos adquirieron bienes que ponían indistintamente a nombre de uno o de otro.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de diciembre de 2003. **169**

No concesión de indemnización a la conviviente de hecho al no haberse acreditado un perjuicio patrimonial por el cese de la convivencia, no constando patrimonio alguno adquirido durante la unión, ni que la conviviente se hubiese dedicado exclusivamente al hogar.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de febrero de 2004. **171**

EFICACIA CIVIL DE NULIDAD CANÓNICA

Concesión de eficacia civil de una sentencia canónica de nulidad declarando al mismo tiempo la mala fe del esposo y la buena fe de la esposa y transformando la pensión compensatoria fijada en el divorcio en indemnización por nulidad matrimonial.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2003. **174**

SEGURIDAD SOCIAL

A efectos del cálculo de la pensión de viudedad debe computarse el tiempo que el causante convivió con la actual viuda antes de contraerse el matrimonio, habida cuenta que en aquella época no existía la posibilidad de divorciarse.
Tribunal Supremo, Sala 4.ª, Sentencia de 27 de enero de 2004. **176**

Una vez que se ha extinguido la pensión de orfandad por haber contraído matrimonio su beneficiaria, no puede volver a rehabilitarse por que se haya producido la separación de los cónyuges y el esposo no abone la pensión fijada judicialmente.
Tribunal Supremo, Sala 4.ª, Sentencia de 1 de marzo de 2004. **178**

SUCESIONES

Estimación de la acción rescisoria en fraude de acreedores de la donación de inmuebles efectuada por los padres a favor de los hijos, sin que sea obstáculo para ello que el acreedor tenga reconocido su crédito en la suspensión de pagos presentada por los padres.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de enero de 2004. **180**

El juicio de capacidad del otorgante de un testamento notarial, efectuado por un Notario, puede ser desvirtuado mediante pruebas contrarias a lo manifestado por dicho fedatario, circunstancia que no concurre en el presente caso.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2004. **184**

Validez del testamento abierto que dejaba sin efecto un testamento anterior, al acreditarse que en el momento de su otorgamiento la testadora estaba asistida de la capacidad necesaria aun cuando la misma estaba afectada por una demencia tipo Alzahimer ya que por el grado en que se encontraba la enfermedad el Notario la consideró capaz.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de marzo de 2004. **186**

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Carácter común del inmueble adquirido mientras regía entre los cónyuges el régimen de separación de bienes ya que con posterioridad otorgaron capitulaciones matrimoniales acogiendo el régimen de comunidad de bienes y dando carácter común a cuantos hubiesen adquirido hasta ese momento, siendo indiferente la procedencia del dinero con el que se abonó el inmueble.
TSJ de Aragón, Sentencia de 23 de junio de 2004. **189**

No procede conceder la indemnización del artículo 1438 del CC ya que la misma no existe en el Fuero de Navarra y, por otro lado, la contribución de la esposa no supuso una sobreaportación al sostenimiento de las cargas familiares.
TSJ de Navarra, Sentencia de 10 de febrero de 2004. **192**

AUDIENCIAS PROVINCIALES

GUARDA Y CUSTODIA

Se mantiene la guarda y custodia a favor de la madre, pero con el apercibimiento de que debe colaborar a que se produzca el acercamiento entre el padre y la hija advirtiendo a la misma que el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda, modificación que podrá efectuarse en trámite de ejecución de sentencia.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2004. **197**

No procede atribuir la guarda y custodia a la madre a pesar de que alegue que ha roto con su anterior compañero sentimental, relación que motivó que se otorgase al padre la custodia de las menores.
AP Córdoba, Sec. 3.ª, Sentencia de 31 de marzo de 2004. **198**

Atribución de la guarda y custodia del menor de 14 años al padre al desprenderse de la exploración que no desea convivir con el compañero sentimental de la madre.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 7 de abril de 2004. **199**

Cambio de guarda y custodia a favor del padre al presentar la madre trastornos de la conducta y del carácter, compatibles con un trastorno de la personalidad, que le lleva a manipular a su hija para que sienta rechazo hacia la figura del padre.
AP Zaragoza, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2004. **199**

RÉGIMEN DE VISITAS

Se fija un régimen de visitas progresivo a favor del padre y con la presencia inicial de la madre y posteriormente de una tercera persona, al transcurrir más de seis años sin que haya existido comunicación paterno filial.
AP Zamora, Sentencia de 21 de abril de 2004. **200**

Dada la distancia existente entre los domicilios del menor y del progenitor no custodio, para el cumplimiento del régimen de visitas, se establece un régimen de colaboración entre ambos progenitores en la recogida y entrega y en el abono de los gastos de desplazamiento, modificando el sistema pactado en el convenio regulador en el que tanto la recogida como la entrega debería efectuarse en el domicilio familiar.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2004. **201**

Aun cuando el menor no quiere relacionarse con el padre, se estima más adecuado mantener el régimen de visitas, aunque sea muy restrictivo, con la esperanza de que el padre pueda ganarse de nuevo la confianza que el menor le tuvo en su día.
AP Cuenca, Sentencia de 18 de mayo de 2004. **202**

VIVIENDA FAMILIAR

Se atribuye el uso de la vivienda familiar de forma anual y alternativa a ambos cónyuges hasta la liquidación de gananciales.
AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 13 de abril de 2004. **206**

Privación del uso de parte de la vivienda familiar al ex esposo en atención a que hay que poner remedio a una situación de anómala proximidad origen de continuos conflictos entre los ex cónyuges.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de abril de 2004. **207**

PENSIÓN ALIMENTICIA

No concurriendo una causa tan objetiva de extinción de la pensión alimenticia que haga pensar en la posible existencia de abuso de derecho o enriquecimiento injusto en el perceptor de la misma no procede conceder efectos retroactivos a la sentencia que la acuerda.
AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de abril de 2004. **208**

Extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad al quedar acreditado sin género de duda alguno que éste lleva incorporado al mundo laboral al menos desde el 6 de julio de 2.001 a través de ocupaciones o empleos que se han ido sucediendo en el tiempo.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de abril de 2004. **209**

No se acuerda la reducción de la pensión alimenticia del hijo menor solicitada a los 4 meses de ser fijada, al no apreciarse reducción del volumen de ventas del negocio de charcutería del obligado al pago, pues el informe pericial presentado no refleja comparativamente la evolución económica.
AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2004. **210**

No resulta procedente fijar un límite temporal al abono de la pensión porque tal posibilidad no se encuentra prevista en el Código Civil ni se infiere de la regulación que, de los alimentos, establece el citado texto legal.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2004. **211**

Se mantiene la pensión por cargas familiares impuesta al padre, pues aunque no consta que realice trabajo alguno, no está en la indigencia al costearse consultas médicas particulares y representación y defensa en el litigio sin acudir a la justicia gratuita.
AP Teruel, Sentencia de 18 de mayo de 2004. **214**

PENSIÓN COMPENSATORIA

Al no haberse producido ningún cambio sustancial de circunstancias no procede fijar limitación temporal a la pensión compensatoria que se estableció en la separación.
AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 2004. **214**

Disminución de la cuantía de la pensión compensatoria y establecimiento de un límite temporal al haber incrementado sus necedades el obligado a su pago como consecuencia del nacimiento de un nuevo hijo.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 16 de abril de 2004. **215**

Extinción de la pensión compensatoria al superar los límites del mero noviazgo la relación afectiva que mantiene con un tercero la beneficiaria de dicha pensión.
AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de abril de 2004. **218**

No procede fijar pensión compensatoria cuando la fijada temporalmente en el convenio regulador se extinguió por el transcurso del tiempo.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de abril de 2004. **219**

CONVENIO REGULADOR

De haberse prestado el consentimiento al negocio jurídico en que consiste el convenio, de forma viciada, podrá el cónyuge perjudicado instar a través del correspondiente procedimiento la oportuna declaración de nulidad, pero no siendo éste el caso, de nada sirve alegar ahora la posible existencia de vicios o defectos del consentimiento.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2004. **219**

Ineficacia de la cláusula del convenio regulador en virtud de la cual ambos cónyuges se comprometen a no interesar durante el plazo de quince años la modificación de la pensión alimenticia, a excepción del incremento del IPC y de la posibilidad de independencia económica de alguno de los menores.
AP Huelva, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2004. **220**

CUESTIONES PROCESALES

Ineficacia del documento que contiene la vida laboral de una tercera persona que se aduce conviviente con la demandada, y en el que consta como domicilio de la indicada persona el que constituye la residencia familiar de aquella, al haber sido obtenido de forma irregular y sin que la parte interesada haya justificado la tenencia.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2004. **221**

Insuficiencia del informe pericial realizado en el contexto de la relación paterno-filial, siendo necesaria una valoración global con inclusión de la relación materno-filial.
AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 25 de marzo de 2004 **222**

El auto en que se desestima la petición de litis expensas es irrecurrible no cabiendo por tanto reproducir la petición en el procedimiento principal.
AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 16 de abril de 2004. **223**

Aunque el demandado hubiese permanecido en situación de rebeldía, no existe fraude de ley en que aproveche la impugnación al recurso de apelación interpuesto por el actor para impugnar también los pronunciamientos de la sentencia frente a los que no esté de acuerdo.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de abril de 2004. **223**

No se imponen las costas al estimarse inaplicable el artículo 394 LEC a los procesos matrimoniales, precepto que tiene su ámbito únicamente en los juicios declarativos.
AP Teruel, Sentencia de 18 de mayo de 2004. **224**

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La fecha de efectos de la pensión de alimentos en favor del hijo, a cargo de su madre, será la del dictado de la sentencia de primera instancia que ostenta carácter constitutivo, y que altera y deja sin efecto la regulación anterior de la crisis matrimonial que se contenía en el convenio regulador.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 7 de abril de 2004. **225**

REGÍMENES ECONÓMICOS

Dentro del procedimiento de liquidación, no sólo cabe la realización de las pertinentes operaciones de avalúo y tasación de los bienes inventariados sino que también son admisibles otras que pudieran tener por finalidad la formación del inventario en el caso, ciertamente excepcional, de que éste no haya sido hecho con anterioridad, o, lo que viene a ser lo mismo, alguna de las partidas del realizado hubiera quedado inconcreta e indeterminada.
AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de marzo de 2004. **225**

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, las cuales deben ser objeto del oportuno juicio declarativo con sus consiguientes efectos, que no impiden una ulterior liquidación caso de ser estimada.
AP Granada, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2004. **226**

El Secretario Judicial ha de formalizar necesariamente un inventario según las propuestas de los cónyuges y sus manifestaciones, confrontándolas con los documentos aportados, y una vez hecho y conocido por las partes podrán suscitar controversia sobre inclusión o exclusión de bienes.
AP Granada, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2004. **226**

No procede incluir en el pasivo de la sociedad el importe del impuesto de circulación de vehículos del turismo ganancial, que debe ser abonado por aquel cónyuge que venga utilizándolo.
AP Jaén, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de marzo de 2004. **227**

Inclusión del fondo de comercio en el activo de la sociedad.
AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Sentencia de 25 de marzo de 2004. **228**

Aun cuando en el convenio regulador se liquidó la sociedad de gananciales, no habiéndose incluido la totalidad de los bienes existentes procede seguir los trámites de los artículos 806 y ss de la LEC para liquidar definitivamente la sociedad.
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 2 de abril de 2004. **229**

Inclusión en el activo de las cantidades que extrajo el esposo de una cuenta ganancial al no haber acreditado éste, sobre quién recaía la carga de la prueba, que dichas cantidades se correspondiesen con un préstamo que le otorgó la entidad bancaria para la que presta sus servicios.
AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de abril de 2004. **230**

Declaración de nulidad de lo actuado al haberse denegado la prueba documental propuesta en la vista del juicio de formación de inventario de la sociedad de gananciales en base a que debió presentarse con la demanda, ya que el procedimiento para la formación de inventario no se inicia con demanda. Igualmente, si celebrada la vista se sobrepasó el plazo de 20 días, la segunda vista es autónoma de la anterior y nuevamente pueden proponerse pruebas.
AP Cáceres, Sec.1.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2004. **231**

Inclusión en el activo de la sociedad del importe actualizado de las aportaciones que, constante la sociedad de gananciales, se hicieron al fondo de pensiones.
AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2004. **233**

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Confirmación del acogimiento preadoptivo aun cuando se acuerda potenciar la relación de los menores con sus padres en lo posible, para evaluar la posible reinserción de éstos en su familia en el plazo de un año.
AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 17 de marzo de 2004. **234**

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

Prospera el expediente del artículo 49 de la Ley para inscribir la filiación paterna no matrimonial porque hay escrito indubitado del padre, está probada suficientemente la posesión de estado, ha habido notificación personal a todos los interesados y el Ministerio Fiscal no se ha opuesto.
Resolución de 3 de marzo de 2004. **239**

Se inscribe la filiación matrimonial presumida del hijo de casada, porque no se ha probado que el nacimiento haya acaecido pasados 300 días desde la separación de los cónyuges.
Reolución de 31 de enero de 2004. **241**

No es inscribible, por exigencias del principio de veracidad biológica, un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial, cuando hay datos suficientes por las declaraciones de la madre que el reconocimiento no se ajusta a la realidad.
Resolución de 2 de febrero de 2004. **243**

NOMBRE Y APELLIDOS

En principio el primer apellido del nacido ha de ser el primero del padre y segundo apellido el primero de los de la madre. La opción de anteponer el apellido materno ha de formularse antes de la inscripción.
Resolución de 10 de febrero de 2004. **246**

ADOPCIÓN

La Instrucción de la DGRN de 15 de febrero de 1999 no ampara el caso planteado en el que se trata de un supuesto de adopción de persona mayor de edad que en el momento de constituirse dicha adopción ya está casada y tiene un hijo.
Resolución de 21 de febrero de 2004. **248**

MATRIMONIO

Se inscribe el matrimonio entre español y ecuatoriana porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial, que si bien es cierto que se conocieron por medio de Internet, que han convivido poco tiempo, habiéndose celebrado el matrimonio por poderes, y que no se ha aportado ninguna prueba de la existencia de relaciones telefónicas o epistolares ni del envío de sumas de dinero por parte de alguno de ellos al otro, de las audiencias reservadas, que constituyen el trámite esencial, no han revelado ningún hecho o desconocimiento que permita concluir, sin género de dudas, que no hay verdadero y propio consentimiento matrimonial.
Resolución de 5 de febrero de 2004. **250**

Se inscribe el matrimonio entre español y dominicana porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial. Los contrayentes tienen un hijo en común y al expediente se han aportado pruebas de los frecuentes viajes que él ha realizado a la República Dominicana y del regular envío de sumas de dinero por parte de él a ella.
Resolución de 12 de febrero de 2004. **252**

Se concede la autorización para contraer matrimonio entre español y ecuatoriana ya que la contrayente reside y trabaja legalmente en España como odontólogo y siendo nacional de origen de un país iberoamericano, podría pretender la obtención de la nacionalidad española por residencia, luego debe descartarse que los interesados pretendan celebrar el matrimonio con la finalidad exclusiva de obtener alguno de estos beneficios.
Resolución de 16 de febrero de 2004. **254**

VIVIENDA FAMILIAR

No es ningún obstáculo para la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de uso atribuido en una sentencia matrimonial que no se establezca en la sentencia el periodo por el que se concede dicho uso.
Resolución de 20 de febrero de 2004. 256

SECCIÓN PRÁCTICA

Reclamación de gastos extraordinarios. Trámites a seguir. 261

Casos Prácticos 264

TRIBUNA ABIERTA

El interés del menor y la custodia compartida (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 7 de noviembre de 2003. Publicada en la «Revista de Derecho de Familia», núm. 24 de julio de 2004. Págs. 221 y 222).
Antonio Alberto Pérez Ureña. 275

La mediación familiar como complemento del proceso judicial de familia. Análisis comparativo de las distintas leyes de mediación familiar
Ángel Luis Campo Izquierdo. 279

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Datos de interés. 305

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Tribunal Constitucional. 311

Tribunal Supremo. 311

Audiencias Provinciales. 316

Revista de Derecho de
familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL PROCEDIMIENTO PARA LA DIVISIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA [1]

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

Presidente sección 4.ª Audiencia Provincial de A Coruña
Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. COMUNIDAD HEREDITARIA

III. DERECHO A LA PARTICIÓN

IV. CLASES DE PARTICIÓN

V. LA PARTICIÓN JUDICIAL

V.1. Su carácter subsidiario.

V.2. Legitimación activa.

A) El coheredero. B) El legitimario. C) El heredero bajo condición suspensiva. D) El heredero bajo condición resolutoria. E) Los herederos del heredero. F) Los cesionarios de un coheredero. G) Fiduciario y fideicomisario. H) El cónyuge viudo. I) El legatario de parte alícuota. J) Los acreedores.

A) Los acreedores de la herencia. B) Los acreedores de los herederos. C) Ejercicio de la acción por vía declarativa por parte de los acreedores ya lo sean de la herencia o de los herederos. D) El concurso de la herencia.

V.3. Legitimación pasiva.

V.4. Jurisdicción y competencia.

V.5. Capacidad procesal.

V.6. Postulación.

V.7. Procedimiento.

A) Solicitud.

B) Resolución judicial de admisión a trámite del procedimiento y decisión, en su caso, sobre intervención judicial.

1. Ponencia impartida en los cursos de formación de jueces del CGPJ y publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1 (2004).

C) Convocatoria a Junta para designar contador y peritos.

A) Características de la Junta. B) Designación de peritos. C) Recusación. D) Carácter retribuido del cargo de contador y perito. E) Participación de los acreedores.

D) Entrega de la documentación al contador y peritos, aceptación del cargo.

E) Práctica de las operaciones divisorias.

A) Derecho sustantivo por el que se rigen. B) Pautas relativas al ejercicio de su función por parte del contador. C) Estructura de las operaciones divisorias.

F) Relación de bienes que formen parte del caudal relicto.

G) El avalúo de los comprendidos en esa relación.

H) La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes.

A) La liquidación del caudal. B) La problemática de la liquidación del régimen económico matrimonial y su acumulabilidad al procedimiento de división de la herencia. C) División y adjudicación.

I) Aprobación de las operaciones divisorias y oposición a ellas.

J) Cuestión prejudicial criminal de cohecho en la valoración de los bienes.

K) Entrega de los bienes adjudicados a cada heredero.

L) Terminación del procedimiento por acuerdo de los coherederos.

M) La impugnación de la partición aprobada.

V.8. La incidencia del ejercicio de acciones judiciales sobre el procedimiento de división de la herencia.

VI. LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE HERENCIA EN JUICIO DECLARATIVO

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del Libro IV de la nueva LEC 1/2000, relativo a los «procesos especiales» se regulan en el título II los procedimientos de «división judicial de patrimonios», que a su vez comprende «la división de la herencia» y el «procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial».

El apartado XIX de la exposición de motivos de la LEC se refiere a los procedimientos de partición hereditaria, señalando que «diseña la Ley un procedimiento mucho más simple y menos costoso que el juicio de testamentaría de la Ley de 1881».

Las novedades son importantes. Han quedado suprimidos los procedimientos de abintestato, testamentaría y adjudicación de bienes a que estén llamadas varias personas sin designación de nombres. No obstante, se mantiene la vigencia de la sección segunda del Título IX del Libro II, de la derogada Ley Procesal Civil, en lo concerniente a la declaración de herederos abintestato, preceptos que estarán vigentes hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria (Disposición Derogatoria Única 1.3 de la LEC 1/2000) y se prevé en los artículos 790 y siguientes un procedimiento de intervención del caudal hereditario a los efectos de adoptar las medidas más indispensables para el enterramiento

del difunto y para la seguridad de los bienes, libros, papeles, correspondencia y efectos del mismo susceptibles de sustracción u ocultación, similar a la prevención del abintestato (artículos 959 y ss. de la LEC de 1881).

Nos iremos ocupando de las novedades de la nueva regulación normativa a medida que nos vayamos introduciendo en su estudio.

II. COMUNIDAD HEREDITARIA

Cuando son varias las personas llamadas a la sucesión surge entre ellas una comunidad hereditaria. Es obvio que la misma no nace a la vida jurídica en el caso de que sea uno solo el heredero llamado a la herencia, en cuyo supuesto la partición del haber relicto del causante carece de sentido[2], aunque ello no signifique que no sea preciso la realización de trámites ulteriores, como la liquidación del régimen económico matrimonial del causante, la entrega de legados, el pago de deudas, el abono de los impuestos sucesorios, cumplimiento de cargas, la inscripción de los bienes inmuebles a nombre de su heredero (artículos 14 de la LH y 79 y 80 de su Reglamento), entre otras operaciones.

No es éste el momento de entrar en el análisis sobre la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria ni, por lo tanto, sobre las diversas opiniones doctrinales existentes al respecto (teorías traslativa, declarativa, determinativa), no obstante podemos afirmar, compartiendo la posición mayoritaria y la seguida por la jurisprudencia, que a la muerte del causante se produce una suerte de comunidad hereditaria entre sus herederos, en la cual cada uno de ellos ostenta una cuota abstracta sobre los bienes y derechos que constituyen el caudal relicto del causante, considerado éste como un conjunto de bienes o *universitas*, sin que tal situación jurídica sea en modo alguno reconducible a un porcentaje determinado sobre cada uno de los concretos bienes que forman parte del mismo. La comunidad hereditaria se configura, pues, como una comunidad especial sobre el conjunto de bienes y derechos del causante, y no como una multiplicidad de comunidades concurrentes sobre cada bien integrante de la masa hereditaria.

Sólo a partir del momento en que se efectúa la partición de la herencia, esa titularidad abstracta se individualiza en bienes determinados, es decir, en aquellos que son objeto de adjudicación a cada uno de los coherederos, bien lo sea en régimen jurídico de propiedad exclusiva o copropiedad. En este sentido, es tajante el artículo 1068 del CC, cuando norma que «la partición hereditaria legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».

Siendo así las cosas como así son, los herederos carecen de facultades de disposición sobre los concretos bienes de la herencia, en tanto en cuanto los mismos no le hayan sido adjudicados a través de la correspondiente partición, no obstante lo cual, podrán efectuar válidamente actos de disposición sobre sus derechos hereditarios (su cuota en la herencia). Ahora bien, ello no significa que todos los coherederos, obrando de consuno, no puedan enajenar, con plena validez jurídica, bienes determinados del haber hereditario, al hallarse en tal caso presentes todos los interesados en la titularidad dominical de aquéllos.

La ausencia de una regulación normativa de la comunidad hereditaria ha tenido que ser desarrollada por la doctrina científica y la jurisprudencia, constituyendo, al respecto, sólida

2. La comunidad hereditaria no nace cuando es uno solo el heredero llamado a la herencia, en cuyo caso no es necesaria la práctica de la partición [SSTS de 31 de mayo de 1913, 24 de febrero de 1966 (RJ 816) y 27 de abril de 1978 (RJ 1458)].

doctrina emanada de la Sala Primera de nuestro más Alto Tribunal, la que, partiendo de las consideraciones anteriormente expuestas, proclama que:

A) Producido el hecho sucesorio, todos los herederos constituyen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición, y si en la partición se adjudica algún bien proindiviso, pasan a ser titulares en copropiedad [SSTS de 6 de octubre de 1997 (RJ 7356) y 17 de febrero de 2000 (RJ 806)]. La jurisprudencia, como no podía ser de otra forma, ha admitido que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con indicación de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero [SSTS de 20 de febrero de 1984 (RJ 695), de 29 de diciembre de 1988 (RJ 10071) y 20 de octubre de 1992 (RJ 8090), entre otras].

B) La comunidad que existe entre los copartícipes de una herencia indivisa, también llamada comunidad hereditaria, se rige, con carácter supletorio y en lo no regulado especialmente por la Ley (administración, disposición y disfrute de las cosas), por las normas del Código Civil relativas a la comunidad de bienes, en cuanto lo permita su peculiar naturaleza [SSTS de 21 de marzo de 1944 (RJ 528; 25 de noviembre de 1961; 7 de mayo de 1985; 18 de febrero de 1987 (RJ 715)].

C) En el supuesto de matrimonios sometidos al régimen de la sociedad legal de gananciales, la muerte de cualquiera de los cónyuges produce *ipso iure* la disolución de dicho régimen económico matrimonial (artículos 1392.1 y 85 del CC), surgiendo en tales casos una comunidad posganancial entre el cónyuge supérstite y los herederos del cónyuge premuerto, pero sin que tal comunidad recaiga sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la misma, y así lo expresa la sentencia de 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10113): «... comunidad posmatrimonial sobre la antigua masa ganancial ... cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes...» y, a su vez, se refieren a esta comunidad posganancial las SSTS de 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10689), 28 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6657), 14 de marzo de 1994 (RJ 1994\1776), 26 de abril de 1997 (RJ 1997\3542), 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998\7290), 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/3926)[3].

D) La enajenación de las cosas comunes exige el consentimiento de todos los titulares del dominio, pues así se desprende de los artículos 348, 397, 399 y concordantes del Código Civil; y en el caso de la comunidad hereditaria hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los modos admitidos en derecho (artículos 1051 y ss.) no adquieren los herederos la propiedad exclusiva (artículo 1068), según dispone la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo [SSTS de 14 de mayo de 1960 (RJ 1960\2041), 6 de abril de 1961 (RJ 1961\1253), 20 de enero de 1958 (RJ 1958\219), 11 de abril de 1957 (RJ 1953\1262), 7 de marzo de 1985 (RJ 1985\1131), 14 de abril de 1986 (RJ 1986\1849), 8 de mayo de 1989 (RJ 1989\3673), 14 de septiembre de 1958 (RJ 1958\3790), 21 de julio de 1986 (RJ 1986\4575), 7 de junio de 1958 (RJ 1958\2135), 5 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9221), 31 de enero de 1994, (RJ 1994\642), etcétera]; por consiguiente ningún comunero o coheredero puede vender bien concreto de la herencia mientras no se le adjudique en la partición, y caso de hacerlo la

3. La STS de 25 de febrero de 1997 (RJ 1328) señala que «entre la disolución y la adjudicación de bienes concretos media un estado de indivisión o de comunidad de bienes posganancial que en el caso es una comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto; la situación de indivisión no significa que cada uno de éstos tenga la titularidad del 50 por 100 de cada bien ganancial, pues esta comunidad incidental ha de responder de su pasivo y, entre este pasivo, de la deuda concreta que se reclama por el ejecutante».

venta es nula por falta de poder de disposición. Así lo proclaman SSTS de 14 de octubre de 1991 (RJ 1991\6921), 23 de septiembre de 1993, 31 de enero de 1994 (RJ 1994\642), 25 de septiembre de 1995 (RJ 1995\6669), 30 diciembre de 1996, 6 de octubre de 1997 (RJ 7356) y 17 de febrero de 2000, (RJ 806), entre otras.

E) Sin embargo es lícito que cualquiera de los herederos enajene su cuota hereditaria, aunque no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin el consentimiento de los restantes coherederos [Sentencias de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, 11 de febrero de 1952 (RJ 283), 11 de abril de 1953 (RJ 1262), 5 de octubre de 1963 y 30 de diciembre de 1996 (RJ 9124), entre otras].

F) Todos los herederos interesados en la herencia pueden, siempre que obren de consuno, ejecutar con plena validez y eficacia actos de disposición o de otra índole sobre los bienes concretos de la herencia desde que sobrevino el fallecimiento de su causante (SSTS de 30 de junio y 15 de febrero de 1947, 19 de noviembre de 1956, 7 de junio de 1958, 8 de marzo de 1965, entre otras muchas).

G) La jurisprudencia ha admitido, en ocasiones, la venta por heredero, vigente la comunidad hereditaria, de bienes concretos del acervo común, pero con simple eficacia obligacional, sin vinculación jurídica para los coherederos que no participaron en tal acto jurídico. En este sentido, las SSTS de 5 de julio de 1958 (RJ 1958\2537), 27 de mayo de 1984, 26 de mayo de 1986 (RJ 1986\2822), 31 de enero de 1994 (RJ 1994/642)[4], de las que se puede obtener la conclusión de que la venta de una cosa común por quien no cuenta con la voluntad de todos los comuneros puede entenderse como venta condicional subordinada a que la cosa vendida le sea adjudicada en las operaciones divisorias. En este mismo sentido, la STS de 8 de mayo de 1989 (RJ 3673), que trascribiendo la de 5 de julio de 1958, dispone: «... sin que pueda (el heredero testamentario) enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición»[5]. Por consiguiente, como señala la STS de 27 de mayo de 1982, RJ 2605: «mientras esas adjudicaciones no sean realizadas, y adecuadamente aprobadas en su caso, no puede reconocerse dominio concreto sobre bienes pertenecientes a dicha herencia y comunidad hereditaria, de ello lo único que cabe deducir, de hecho y jurídicamente, es que el coheredero al que se adjudiquen determinados bienes por consecuencia de la partición legalmente realizada no vienen afectados en su dominio sobre los mismos por los

4. En la mentada sentencia se señalaba que «La finca "Los Pinos" forma parte del caudal relicto en virtud de sentencia firme del Tribunal Supremo, pertenece a todos los coherederos, y, por ello, fue nula la partición que atribuía la finca a los hermanos recurrentes. Como bien común derivado de la herencia paterna ha de ser objeto de división en los términos fijados por el causante, cuyo resultado es que en las cosas comunes no partidas les corresponden 8/9 a los recurrentes como consecuencia de sumar a los dos tercios de libre disposición y mejora la parte correspondiente a su legítima estricta. Pero tan gran participación, por razonables que sean las esperanzas de que en la división se les adjudique la finca "Los Pinos" a uno o a los dos hermanos, no permite conculcar lo dispuesto en la Ley respecto a **las cosas comunes, para cuya enajenación debe concurrir el consentimiento de todos los titulares del dominio ... Las sentencias que analiza el motivo permiten sostener que los contratos, en cuanto fuente de obligaciones (artículo 1089), aun sin valor traslativo suficiente para generar la propiedad pueden vincular a las partes obligacionalmente**, y ello es lo que cabe admitir en el caso de autos entre los señores S. J.- C. y los hermanos P. Que esto es así lo revela la misma cautela tomada por éstos al contratar con aquéllos, a los que repetidamente les resaltan la existencia de un proceso y una sentencia y, sobre todo, contraen el compromiso de indemnizarles en caso de no poder cumplir lo pactado como consecuencia del resultado de la división... **En el caso de autos, solicitada la nulidad total de la compraventa y la desestimación total de la demanda, cabe dentro de la congruencia estimar la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones** y declararlo así incluso frente a doña María Rosa (ajena al contrato), pues todos tienen interés en la decisión».

5. La mentada Sentencia de 8 de mayo de 1989 sigue señalando que «aceptada la herencia por sus herederos, sin que por el contador-partidor testamentario ni por aquéllos se haya realizado la partición de la herencia, el heredero testamentario no podía disponer válidamente de ninguno de los bienes integrantes del caudal relicto, como establece desde antiguo la jurisprudencia –Sentencias de 4 de abril de 1905, 11 de abril de 1957, 20 de enero de 1958 (RJ 1958\219), 25 de noviembre de 1961 (RJ 1961\3661) y 21 de marzo de 1968 (RJ 1968\1742)– siendo nulos de pleno derecho los actos de disposición realizados por un heredero sin la representación de los demás (Sentencia de 19 de noviembre de 1929)».

actos de compraventa que con relación concreta a ellos haya efectuado otro coheredero, como ha sucedido en el presente caso, pero no que esa compraventa carezca de validez y consiguientes efectos entre el vendedor y el comprador[6]».

H) La tesis que asigna a la partición carácter determinativo o especificativo de derechos es mayoritaria en la doctrina más autorizada e informa la jurisprudencia –SSTS de 25 de enero de 1943 (RJ 1943\21), 12 de febrero de 1944 (RJ 1944\233), 6 de mayo de 1958 (RJ 1958\1719), 29 de mayo de 1963 (RJ 1963\3589), 11 de diciembre de 1964 (RJ 1964\5822), 27 de noviembre de 1972 (RJ 1972\4663), 5 de marzo de 1991 (RJ 1991/1718) y 3 de febrero de 1999 (RJ 1999/747)– convirtiendo el derecho hereditario abstracto de los comuneros en titularidades concretas sobre bienes determinados.

I) La atribución del dominio a los herederos por mor del artículo 1068 del CC se halla condicionada a que los derechos adjudicados estén verdaderamente contenidos en el caudal relicto y por lo tanto presupuesta su real pertenencia al as hereditario, pues mal podría operarse el fenómeno sucesorio cuando el bien concreto no forma parte del acervo transmitido (artículos 659 y 661 del CC), y es por ello que consolidada doctrina legal señala que, para acreditar su dominio, no le basta al coheredero adjudicatario con basarse en la partición, sino que es precisa la cumplida prueba de que pertenecía al causante el bien adjudicado cuya reivindicación postula –SSTS de 17 mayo 1956 (RJ 1956\1987), 2 de febrero y 6 de julio de 1959 (RJ 1959\1060 y RJ 1959\3043), 31 de enero de 1963 (RJ 1963\753), 15 de febrero de 1968 (RJ 1968\1058), 25 de marzo de 1975 (RJ 1975\1333), 3 de febrero de 1982 (RJ 1982/374), 3 de junio de 1989 (RJ 1989, 4289) y 5 de marzo de 1991 (RJ 1991/1718), entre otras–.

J) El retracto de coherederos, que es una extensión del de comuneros, pues responde a la misma finalidad de evitar que entren personas extrañas en la comunidad, en este caso en la hereditaria, exige, en primer término, que se trate de la transmisión de una cuota abstracta de la herencia, y no de bienes concretos o de partes indivisas sobre bienes determinados de la misma. La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1956 (RJ 2477) señala que siendo elemento esencial y antecedente indispensable para que la acción de retracto se ejercite, que la herencia se encuentre en estado de proindivisión, perteneciendo los bienes que la integran en común a todos los herederos, al figurar ya realizada la partición, cesa y termina este retracto legal. Ello es así, dado que la partición tiene como efecto típico la transformación de la cuota hereditaria abstracta en titularidades concretas sobre bienes y derechos adjudicados, ya lo sean de forma exclusiva o en proindivisión. En el mismo sentido, STS de 26 de abril de 1997 (RJ 3542). Por consiguiente, eliminada la comunidad

6. Así nos manifestábamos en Sentencia de 21 de junio de 2002, de la Sección 4.ª, de la Audiencia Provincial de A Coruña, al señalar que: «Ahora bien, así las cosas nos encontramos ante un concreto acto jurídico que este Tribunal no puede desconocer, cual es que la madre de la actora procedió, mediante contrato privado de 24 de diciembre de 1978, a vender a BPR, entre otros bienes, la finca de litis concretamente el monte N en la proporción de seis quinceavas partes, equivalentes a la totalidad de lo que le pertenece en el mismo según afirma dicho documento (ff. 79 y 80), señalándose, en la estipulación tercera, que "en consecuencia, desde este acto, la vendedora se desprende del dominio y posesión de la finca objeto de este contrato y los subroga en el adquirente, o sea de las participaciones que pertenecían a la misma y los subrogan en el comprador, obligándose a sanear, por causa de evicción con arreglo a Derecho". Por consiguiente, si bien la venta de este bien concreto realizado por un coheredero no es válida, en virtud de las consideraciones antes expuestas, no es menos cierto también que tal doctrina sólo es aplicable con respecto al coheredero al que se adjudiquen bienes, por consecuencia de la partición, sobre cuyo dominio no está afectado por los actos de compraventa que haya efectuado otro coheredero (su hermana C, y su sobrino B en cuanto excede de las 6/15 de lo que le vendió doña A), mas ello no significa que esa compraventa carezca de validez y consiguientes efectos entre el vendedor y el comprador (A y B), según ha señalado el Tribunal Supremo (SSTS de 24 de enero de 1957, 5 de julio de 1958 y 27 de mayo de 1982), pues la mentada doctrina de la nulidad absoluta sólo es aplicable con relación a los coherederos ajenos a la venta del bien hereditario, pero no en cuanto al coheredero que transmitió el bien, y que luego se le adjudica en la partición hereditaria, con las consecuencias del artículo 1068 del CC, pues en tal caso carece de las posibilidades de impugnación quedando afectado por la fuerza vinculatoria del contrato suscrito, ya se considere éste como venta de cosa ajena o compraventa condicional, y ello en aplicación también de los artículos 399 y 450 del referido texto legal, así como del principio derivado de la buena fe que impide ir contra actos propios».

hereditaria por medio de la adjudicación de los bienes del haber partible del causante a sus herederos (artículo 1068 CC), los actos de disposición efectuados por éstos no están sometidos al ejercicio de la mentada acción de retracto.

K) En otro orden de cosas es reiterada doctrina de la Sala Primera [SSTS de 24 de noviembre de 1906, 6 de junio de 1917, 8 de junio de 1943 (RJ 1943\712), 4 de abril de 1960 (RJ 1960\1667), 13 de noviembre de 1969 (RJ 1969\5172), 23 de junio de 1982 (RJ 1982\3438), 20 de octubre de 1989 (RJ 1989\6949), 18 de abril de 1994 (RJ 1994\2798), entre otras] la que viene estableciendo que cuando los bienes hereditarios se poseen de consuno, en común y *pro indiviso* por los coherederos, dicha posesión en concepto de heredero no es hábil para que aquéllos puedan adquirir los bienes integrantes del indiviso caudal hereditario, por cuanto no prescribe entre coherederos la acción para pedir la partición de la herencia, según establece el artículo 1965 del Código Civil [STS de 6 noviembre de 1998 (RJ 8166)][7].

L) No obstante, la imprescriptibilidad de la acción para pedir la división de la herencia no puede invocarse cuando uno de los coherederos ha poseído todos los bienes de la herencia en concepto de dueño y por el tiempo suficiente para ganarla por prescripción, porque la expresada acción descansa necesariamente en la posesión de consuno o proindiviso de los bienes hereditarios [aparte de otras, SSTS de 15 de abril de 1904, 6 de julio de 1917, 4 de abril de 1960 (RJ 1960\1667), 13 de octubre de 1966 (RJ 1966\4583), 7 de febrero de 1997 (RJ 1997\685) y 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9443)].

M) Cualquiera de los comuneros está legitimado para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad [SSTS de 15 de junio de 1982 (RJ 3426) y 17 de febrero y 16 de noviembre de 2000 (RJ 806 y 9598)].

III. DERECHO A LA PARTICIÓN

El derecho a instar la partición hereditaria, y, por consiguiente, a la determinación de los bienes concretos de la herencia que corresponden a cada uno de los llamados a la misma, conforma un acto jurídico complejo, constituido por una serie de operaciones que implican la determinación del activo y del pasivo de la masa hereditaria, el avalúo y su liquidación, fijando el haber de cada partícipe y adjudicando lotes concretos de bienes.

Su finalidad no es otra que la conversión del derecho hereditario en abstracto en titularidades concretas sobre bienes determinados.

En efecto, la comunidad hereditaria es vista por el legislador como una situación meramente interina, confiriendo el artículo 1051 del CC a cada coheredero el derecho de poner fin a la misma, señalando dicho precepto que «ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero aun cuando lo prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad».

7. El expresado submotivo ha de ser desestimado, ya que los demandados (hijos matrimoniales de don Antonio F. V.), aquí recurrentes, han venido poseyendo los bienes integrantes de la herencia de su referido padre en concepto de herederos del mismo (aun sin haber obtenido siquiera su preceptiva declaración de herederos abintestato, lo que se realiza a través de éste en dicha herencia indivisa).

IV. CLASES DE PARTICIÓN

La partición puede ser de distintas clases, en primer término podemos hablar de una partición total y parcial. La primera es la que abarca todos los bienes y derechos de la herencia, la segunda sólo a alguno de ellos, sin que la misma impida una ulterior partición de los bienes y derechos restantes, perfectamente compatible con la anterior (SSTS de 2 de junio de 1967 y 25 de enero de 1971).

No obstante, la clasificación más importante es la que distingue entre partición judicial y extrajudicial[8]. Esta última efectuada sin la intervención de los órganos jurisdiccionales, y cuya naturaleza es la de un negocio jurídico, que puede ser unilateral o plurilateral.

Dentro de la partición extrajudicial tendremos la llevada a efecto por el testador (artículo 1056 del CC), por comisario o contador partidor designado por el testador [artículo 1057.I) del CC] de naturaleza unilateral, o bien la practicada de común acuerdo por los herederos (artículo 1058 del CC), que constituye un negocio jurídico plurilateral.

La partición efectuada por el propio testador requiere como requisito condicionante de su validez y eficacia, como contempla el artículo 1056 del Código Civil, que la misma se refiera a los bienes que forman parte de su propio patrimonio [SSTS de 7 de diciembre de 1988 (RJ 9301) y 7 de septiembre de 1998 (RJ 6395), entre otras muchas).

Ahora bien, es necesario diferenciar la partición efectuada por el testador de las disposiciones testamentarias sobre la partición de sus bienes, pues no todo acto dispositivo del causante sobre la forma en que desea se lleve a efecto la división de sus bienes, puede reputarse a efectos jurídicos como partición. La STS de 7 de septiembre de 1998 (RJ 6395) afronta la meritada cuestión en los términos siguientes:

> «El artículo 1056 del Código Civil totalmente de acuerdo con la tradición jurídica española, faculta al testador para realizar él mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas. Pero, ahora bien, no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios, puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y para delimitar la cuestión existe una "regla de oro", consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones –inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes–, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione»[9].

La STS de 16 de marzo de 2001 (RJ 3199) se refiere a la partición por comisario, considerando que las operaciones particionales efectuadas por él mismo equivalen a las efectuadas

8. En el ámbito del Derecho Civil de Galicia son particiones extrajudiciales la llevada a efecto por el testador o cónyuges testadores (artículos 157 y 158 LDCG), por contador (artículos 159 y ss.), por los coherederos (artículo 163) y la partición por mayoría (artículo 165).

9. La cuestión debatida y la *ratio decidendi* de la referida Sentencia, expuesta en las propias palabras de la misma era la siguiente: «Pues bien la parte recurrente trata de basar su tesis casacional, en el dato consistente en estimar como una verdadera partición testamentaria, la efectuada por su difunto cónyuge en el testamento por él otorgado. Y ello no es así, desde el instante mismo que es la adjudicación de los bienes que en el testamento se realiza, no ha sido precedida de las operaciones particionales antedichas, por lo que las disposiciones testamentarias, ahora contempladas, no pasan de ser unas normas generales o indicaciones a tener en cuenta en la verdadera y efectiva partición testamentaria. Y así se ha de entender en el presente caso, desde el instante mismo, que en el testamento en cuestión, se hace una designación expresa de un contador-partidor, institución esta última que carecería totalmente de sentido, es más que sería un contrasentido, si la testadora hubiera dicho la naturaleza de verdadera partición hereditaria, a las disposiciones distributivas que efectuó en el testamento».

por el propio testador, por lo que no tienen naturaleza contractual, y, por consiguiente, su impugnación no cabe basarla en las normas concernientes al error en los contratos. La mentada sentencia señala que:

> «Las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor equivalen a las practicadas por los propios testadores, por lo que, según la sentencia de 18 de febrero de 1987 (RJ 1987\715), "al haberse hecho por contadores-partidores nombrados por él, tal partición equivale a la hecha por el testador y debe ser respetada –sentencia de 25 de abril de 1963 (RJ 1963\1996)– no precisando el consentimiento de los interesados al no tener carácter contractual –sentencia de 17 de junio de 1963 (RJ 1963\3330)–, a diferencia de la hecha por los coherederos"; por otra parte, dice la sentencia de 25 abril de 1994 (RJ 1994\3221) que "las facultades de todo contador-partidor, por muy amplias que sean, quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales y las mismas han sido aceptadas por los herederos interesados, sin que posteriormente pueda modificar la partición, por su exclusiva y unilateral decisión sin contar con el consentimiento unánime de dichos herederos, que habían aceptado plenamente la inicialmente practicada". Por ello, no teniendo la partición del contador-partidor carácter contractual y careciendo de facultades para modificar, por sí y ante sí, la partición practicada, no cabe aplicar al caso las normas relativas al error en los contratos que, además, serían causa de anulabilidad de la partición, no de rescisión, que es lo que en la demanda se pide. Decae así este tercer motivo.»

Dentro de la partición extrajudicial estaría la que es realizada por árbitros, designados por el testador o los herederos, sometida a la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. El artículo 7 de la misma señala que «excepcionalmente, será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre los herederos no forzosos y/o legatarios, para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia. La jurisprudencia ha admitido la designación de árbitros por los herederos (STS de 30 de octubre de 1941 y las RRDGRN de 10 de septiembre de 1902 y 22 de octubre de 1935). En similares términos se expresa el artículo 10 de la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, al normar que «también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia»[10].

Clara naturaleza contractual tiene la partición efectuada por los herederos, a la que se refiere la STS de 18 de marzo de 1999 (RJ 1999/1859), cuando señala:

> «El artículo 1058 contiene una autorización amplia a los herederos para llevar a cabo las operaciones divisorias de herencia, lo que actúa plenamente, aunque con carácter supletorio por no haberlas realizado el testador ni encomendado a otro esta facultad. El acuerdo particional, de notoria naturaleza contractual, no requiere de una especial forma para que resulte eficaz y vinculante y en el mismo los interesados pueden también llevar a cabo renuncia de sus derechos hereditarios mediante la cesión de los mismos.»

Ahora bien, dada su indiscutible naturaleza contractual es necesario que intervengan en la partición todos los coherederos, pues sólo así puede hablarse de acuerdo, y en este sentido se ha expresado la jurisprudencia al exigir el consentimiento unánime de todos ellos, constituyendo muestra de lo expuesto la STS de 3 de febrero de 1999 (RJ 747), cuando indica: «Que todos han de prestar el consentimiento es consecuencia de que tal requisito es

10. La mentada Ley entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, según su Disposición Final Tercera, es decir, el 26 de marzo de 2004.

inexcusable para el nacimiento de un pacto [SSTS de 8 de febrero de 1996 (RJ 1996\864), 20 de octubre de 1992 (RJ 1992\8090), etc.]», fuera de tal caso la partición practicada carece de valor jurídico.

Una categoría mixta vendría constituida por la partición llevada a efecto por partidor dativo, cuyo nombramiento es solicitado por los herederos que representen el 50 por 100 del haber hereditario, la cual requiere aceptación judicial salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios (artículo 1057.II).

V. LA PARTICIÓN JUDICIAL

V.1. Su carácter subsidiario

La partición judicial es subsidiaria a todas las anteriores, a ella se refiere el artículo 1059 del CC, cuando norma que: «Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la LEC», que será con sujeción a lo establecido en los artículos 782 y siguientes de la Ley 1/2000.

Lo que no ofrece duda es que la partición judicial tiene una naturaleza subsidiaria o subordinada a las otras formas de partición extrajudicial y mixta a las que antes hicimos referencia, por consiguiente, cuando la partición se llevó a efecto por el testador o existe contador partidor designado por el testador, herederos o por el Juez (contador dativo) no cabe acudir a la partición judicial. En este sentido, es tajante el artículo 782.1 de la LEC cuando señala que «cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los herederos o por resolución judicial».

La doctrina (Martínez Espín), al interpretar el artículo 1051 del CC, estima que en aquellos supuestos en los que el testador designa un contador-partidor han de ser considerados como prohibiciones tácitas y temporales de la posibilidad de partir la herencia impuestas por el propio testador[11]; por consiguiente, habiendo contador partidor designado y mientras su nombramiento se encuentre vigente los herederos no pueden acudir al procedimiento judicial de división del patrimonio hereditario, pues de admitirse dicha posibilidad se estaría prescindiendo de forma ilegítima de la finalidad y voluntad testamentaria del causante al efectuar dicho nombramiento.

Precisamente con base en la naturaleza subsidiaria de la partición judicial, el auto de 16 de julio de 2003, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, desestimó el recurso de apelación interpuesto contra auto dictado por el Juzgado de Primera de Instancia núm. 3 de Ferrol, que acogió la excepción de inadecuación de procedimiento formulada en un procedimiento de división judicial de patrimonio hereditario, toda vez que existía designación testamentaria de albaceas contadores partidores, sin que éstos hubieran sido requeridos para la ejecución de su encargo y sin que hubiera transcurrido el plazo que les

11. Martínez Espín, Pascual: *Comentarios al Código Civil*, obra coordinada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Aranzadi, 2001, p. 1216.

confirió el testador, desvirtuando la doctrina jurisprudencial invocada en el recurso por no desdecir el carácter subsidiario de la partición judicial[12].

12. El mentado auto indica: «Frente a esta interpretación, la ahora recurrente en apelación invoca afirmaciones parciales extraídas de Sentencias del Tribunal Supremo, aisladas del conjunto contextual en el que se realizan hasta darles un sentido radicalmente diverso al que tienen en el lugar sistemático en el que han sido realizadas. En efecto, siguiendo un orden estrictamente cronológico, en la primera de las STS que la apelante invoca en defensa de pretensión, de fecha 24 de diciembre de 1895 (JC T. 78, § 93), ciertamente se afirma y hasta constituye su doctrina fundamental que "el heredero forzoso tiene derecho, aun contra la voluntad del testador, de promover el juicio voluntario de testamentaría cuando lo estime conveniente a sus intereses, no habiendo prescrito", si bien lo hace en un supuesto en el que, frente a esta doctrina se intentaba hacer valer la prohibición del testador de que la autoridad judicial interviniese en su testamentaría, una vez que constaba en autos que las funciones testamentarias atribuidas al albacea designado habían terminado y que no le habían sido atribuidas en el testamento facultades para dividir la herencia.

En el mismo sentido, invoca la apelante la STS de 28 de diciembre de 1896 (JC T. 80, § 93). Pues bien, la doctrina dimanante de esta Sentencia tampoco viene a dar la razón a la argumentación realizada por la representación procesal de la instante de este procedimiento de división judicial de la herencia, en tanto en cuanto en ella expresamente se declara: "Que el testador tiene amplia facultad de hacer por sí o de encomendar a otro la partición de sus bienes, sin más limitación que la general de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos y de no dar este encargo a uno de los coherederos, según lo disponen los artículos 1056 y 1057 del Código Civil, y lo sanciona el artículo 1046 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Que si bien el artículo 1039 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite *a contrario sensu* a los herederos forzosos promover el juicio de testamentaría, y que dentro de él los interesados deben proceder, en punto al nombramiento de contadores, con arreglo al artículo 1070, **ambas disposiciones están subordinadas a la especialidad de lo ordenado por el testador,** de conformidad con los artículos citados".

Como tercera Sentencia del Tribunal Supremo cuya doctrina habría vulnerado, de acuerdo con la interpretación sostenida en el recurso de apelación el Auto recurrido, señala al recurrente la de fecha 22 de noviembre de 1910 (JC T. 119, § 84). En ella, de nuevo el TS vuelve a declarar que "según la doctrina de la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la prohibición impuesta por el testador de que intervenga la justicia en su testamentaría, obliga solamente a los herederos voluntarios y no a los derechohabientes necesarios en el caudal", lo que no incide en la cuestión que ahora nos ocupa, al tiempo que en esta misma Sentencia se realizan determinadas consideraciones acerca de si los albaceas que habían sido designados habían sido, o no, instituidos como contadores-partidores cuya reproducción en esta sede no parece pertinente.

En cuanto a la más reciente de las Sentencias del Tribunal Supremo invocadas por la apelante, de fecha 21 de mayo de 1963 (RJ 1963\2745), la doctrina jurisprudencial que de ella se deriva ha sido convenientemente expuesta en el Auto recurrido, en cuanto supone la afirmación de la acción que corresponde al heredero legitimario, en todo caso, en orden a defender la intangibilidad de su legítima. En efecto, en esta Sentencia, al margen de otros pronunciamientos que poco o nada tienen que ver con el asunto que nos ocupa, el máximo órgano jurisdiccional español, frente a la invocación de la eficacia de las disposición testamentaria en la que se restringía a los herederos la posibilidad de acudir a la vía judicial para dirimir las controversias que se suscitasen entre ellos a propósito de la herencia, se limita a reconocer que la eficacia de tal cláusula que refleja la voluntad del testador "nunca sería suficiente [...] para impedir a los herederos forzosos la actuación de cuantas pretensiones crean van encaminadas a demostrar que le han perjudicado su legítima". Pero es que el Auto aquí recurrido no trae causa del ejercicio judicial de una acción por un heredero forzoso al que se haya perjudicado su legítima, sino que se limita a señalar, respetando de manera escrupulosa la voluntad del testador que, con carácter previo al eventual ejercicio judicial de la acción de división del patrimonio hereditario, ha de intentarse la vía extrajudicial prevista a estos efectos por el testador, de manera que el heredero forzoso que desee la partición de la herencia habrá de requerir al albacea-contador-partidor para realice su función y sólo en el caso de que éste no pueda, se niegue o haya transcurrido el plazo de dos años que le concede el testador sin que lo haya hecho, tras haber sido requerido de manera fehaciente al efecto, por alguno de los herederos forzosos, entonces sí podrá, cualquiera de ellos ejercitar la acción de división del patrimonio hereditario al amparo de las previsiones contenidas en los artículos 782 y siguientes de la LEC de 2000.

Ciertamente la doctrina jurisprudencial dimanante de las Sentencias del Tribunal Supremo ha encontrado alguna quiebra en alguna resolución de las Audiencias Provinciales. En concreto, el Auto de la AP (Secc. 2.ª) de Burgos de 19 de enero de 2001 (JUR 2001\82230) considera que no procede la suspensión de la tramitación del juicio voluntario de testamentaría pues la facultad que los testadores pueden conferir a cualquier persona que no sea un coheredero, de conformidad con las previsiones del artículo 1057 del CC y en orden a que practique las operaciones particionales no altera ni modifica el derecho que a los herederos legítimos conceden los artículos 1037 y 1038 de la derogada LEC de 1881 para promover el juicio de testamentaría. De acuerdo con los argumentos expuestos esta interpretación no puede ser compartida, pues se fundamenta en pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo que, precisamente sostienen una doctrina contraria y acorde con la asumida en el Auto del JPI núm. 3 de Ferrol recurrido. En efecto, entre otras, el precitado Auto de la AP de Burgos cita y, funda especialmente su pronunciamiento, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1931 (RJ 1931, 2287), cuando en ésta se afirma literalmente que "sin negar al heredero forzoso el derecho de promover el indicado procedimiento [el juicio de testamentaría], aun cuando el testador hubiese nombrado contadores-partidores, **ese derecho hay que subordinarlo al del testador de hacer por sí o de encomendar a otro la partición de sus bienes,** sin más limitación que la general de no perjudicar la legítima y de no dar ese encargo a uno de los coherederos". El resto de las Sentencias del Tribunal Supremo que invoca el Auto de la AP Burgos precitado tampoco suponen un apoyo de la tesis que asume y que se corresponde con la mantenida por la aquí apelante. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1891 (JC T. 70, § 39) reproduce la tesis, que compartimos, de conformidad con la cual la designación de contadores-partidores por el testador no implica la supresión del derecho de los herederos forzosos de promover el juicio de testamentaría y, en el caso concreto que resuelve, estima la viabilidad de éste, pero si se repara mínimamente en los hechos que contempla, resulta que los albaceas designados debiendo actuar de manera conjunta, lo hicieron separadamente.

En consecuencia, esta Sala considera que el Auto recurrido es conforme a Derecho, en tanto que es acorde con las normas legales vigentes, con la voluntad del testador y no quiebra la doctrina jurisprudencial aplicable, de manera que procede acordar la desestimación del recurso de apelación frente a él deducido».

Una vez iniciado el procedimiento judicial de división hereditaria a instancia de parte legítima, estimo que el mismo no finalizará por la circunstancia de que herederos, que representen el 50 por 100 del haber hereditario, insten del Juez la designación de contador dativo al amparo del artículo 1057.II CC. Su nombramiento exige la citación de los demás interesados en la herencia, que advertirán al Juzgado de tal circunstancia, por lo que consideró legítimo que el Juez no proceda a la designación interesada (el Código Civil por otra parte no la impone, al emplear el término «podrá»), máxime cuando el interés jurídico del promovente ya se encuentra garantizado con la partición judicial en marcha.

Por otra parte, una vez iniciado el procedimiento, la única forma prevista de terminación anticipada, que provoca el sobreseimiento del juicio y la puesta a disposición de los bienes a los herederos, conforme el artículo 789, es el común acuerdo de los mismos. Las posibilidades de conseguir de forma intencionada la demora en la división del caudal hereditario, de admitirse el sobreseimiento por solicitud de designación de contador dativo, en estadios avanzados del procedimiento (artículo 11 de la LOPJ), constituye otro argumento adicional para no admitir dicha tesis.

Díaz Fuentes, en el caso de contador-partidor potestativo, es decir, aquel que el testador haya nombrado para el supuesto que lo requiera alguno de los herederos, entiende que, «al considerar que tal clase de contador no entra en función por la sola designación del testador, no puede decirse que esté activo o efectivo mientras algún heredero no lo solicite y entre tanto no parece que resulte eliminada la posibilidad de promover juicio divisorio; pero también es verdad que en cuanto algún otro heredero requiera la actuación de aquél, conforme a la previsión testamentaria, la función del partidor cobra vida y con ello debe reputarse vedado el juicio divisorio, provocando el sobreseimiento del mismo, si estuviera ya incoado»[13].

En relación con la prohibición del testador a sus herederos de acudir al juicio divisorio constituye reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo la que proclama que «como la voluntad del causante constituye la regla principal en la sucesión testamentaria, la cuestión relativa a la prohibición de la intervención judicial en los espacios de la partición y distribución de bienes hereditarios, cuando dichos actos son efectuados por el testador o se atribuyen al contador-partidor, se admite, en general, como válida en la doctrina científica, pero si la partición adoleciera de algún vicio de nulidad o lesionase derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio» (STS de 8 de junio de 1999, RJ 4103)[14].

V.2. Legitimación activa

A la misma se refiere el artículo 782.1 cuando señala que «cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia». Si comparamos este precepto con el artículo 1038 de la LEC de 1881 las diferencias son notorias, pues en la derogada Ley Procesal Civil se atribuía también legitimación para promover el juicio voluntario de testamentaría al «cónyuge que sobreviva» y a «cualquier acreedor, siempre

13. Díaz Fuentes, Antonio: *División de la herencia y liquidación del régimen económico matrimonial*, Bosch, 2001, pp. 23 y 24.

14. En dicho caso, la cláusula novena del testamento otorgado por don José V. P. expresaba su deseo de impedir la intervención judicial en la testamentaría y la sanción, al heredero que la promoviera, de percibir únicamente la cuota legitimaria mínima.

que presente un título escrito que justifique cumplidamente su crédito», mientras que, en la regulación actual, no se hace expresa referencia al cónyuge viudo, con lo que se plantea el problema de su legitimación activa, que examinaremos en su momento, y la misma se niega expresamente a los acreedores (artículo 782.3). Carecen de ella el albacea y el Ministerio Fiscal. Al primero ya se la había negado la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1883, tampoco se la confería la LEC de 1881, ni lo hace la actual Ley 1/2000, por otra parte, promover la partición no se encuentra dentro de sus atribuciones específicas fijadas por el artículo 902 del CC. El Ministerio Público intervendrá en el procedimiento, una vez promovido, en defensa de menores e incapacitados en tanto en cuanto no se les provea de representante, y de los ausentes hasta que se personen o tomen conocimiento de la tramitación de la partición (artículos 783.4 y 793.2.5).

A) El coheredero

En primer término, no ofrece duda la legitimación que le corresponde a cualquier heredero sea éste testamentario o abintestato. La misma proviene del propio derecho sustantivo como resulta de lo normado en el artículo 1052 del CC, al señalar que todo coheredero podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia.

La dicción legal del artículo 782.1 de la LEC es más amplia que su precedente normativo constituido por el artículo 1038 de la LEC de 1881 que, con respecto al juicio de testamentaría, limitaba la legitimación activa para promoverlo a «cualquiera de los herederos testamentarios», con lo que cercenaba la misma a aquellos que no ostentasen dicha condición jurídica como los herederos del heredero testamentario, a los cuales se les obligaba a promover el correspondiente juicio declarativo a tales efectos (SSTS de 15 de marzo de 1896, 17 de octubre de 1917 y 21 de enero de 1929).

Es por ello, que no podemos sino compartir la amarga queja que efectuaba al respecto Díaz Fuentes, cuando señalaba que «una de las experiencias más perturbadoras, dilatorias y dispendiosas que haya percibido en mi largo ejercicio de la abogacía es la que forzaba al nieto con respecto a la herencia del abuelo que no llegó a partirse en vida del padre, y, en general, al heredero del heredero de un anterior causante, a intentar la operación divisoria de la herencia mediante un juicio declarativo indispensable»[15].

B) El legitimario

En cuanto al legitimario, su condición de heredero necesario le habilita para la promoción del procedimiento divisorio de la herencia (SSTS de 17 de octubre de 1893, 20 de febrero de 1964)[16]. Ahora bien, dado que desde el Ordenamiento de Alcalá no es necesario instituir

15. Díaz Fuentes, Antonio: *División de la herencia ...*, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

16. En el caso de que el legitimario, instituido heredero, considere que los bienes que le fueron adjudicados no cubren su legítima, a los efectos de ejercitar la acción de suplemento de la misma (artículo 815 CC), la doctrina más autorizada (Vallet de Goytisolo, Juan: *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, pp. 2014 y 2015)) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo consideran que el medio jurídico más adecuado para ello es el ejercicio de la acción *familiae erciscundae*. En este sentido la STS de 8 de marzo de 1989 (RJ 2023), cuya doctrina reproduce la de 4 de junio de 1991 (RJ 4418) dispone que «no es ontológica, ni jurídicamente, posible pedir el complemento de legítima, conforme al artículo 815 del Código Civil, que es la única acción que ha sido estimada por la sentencia recurrida (el pronunciamiento desestimatorio de todas las demás ejercitadas –entre ellas la de rescisión de la partición por lesión– no ha sido recurrido), supuesta la existencia de mejoras, sin antes conocer el montante del *quantum* o valor pecuniario que, por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento o fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del citado Código, lo que presupone la práctica de las pertinentes operaciones particionales». Siguiendo a Vallet *(op. cit. supra*, p. 2015), en caso de institución en cosa cierta o de legado de cosa determinada, efectuados a cuenta legítima, debe suponerse que en el llamamiento está incluido el complemento pertinente que, consiguientemente, podrá reclamarse por el *actio ex testamento*».

heredero para la validez del testamento, cabría la posibilidad de que la legítima se le hubiera satisfecho por título distinto, así resulta de lo normado en el artículo 815 del CC, cuando confiere a aquél la acción de suplemento siempre que el testador le «haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponde»[17], por lo que, si por donación que no sea de una cuota de la herencia, pues en tal caso habría de determinarse la misma en el juicio divisorio, o por legado, siempre que no sea de parte alícuota, en cuyo supuesto por las mismas razones y además por atribución concreta de legitimación por el artículo 782.1, se le hubiera satisfecho ya su legítima se le cercenaría la posibilidad de promover el presente procedimiento.

En principio habría que negársela, también, por mor de lo normado en el artículo 768 del CC, al legitimario cuyos derechos hubieran sido cubiertos a través de una institución de cosa cierta y determinada, pues será considerado a efectos legales como legatario[18]. No obstante, según la jurisprudencia, este precepto tiene un carácter presuntivo «en cuanto en él se contiene una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual si a una persona se le deja una cosa determinada se ha de entender como voluntad del testador la de que esa persona le suceda en la herencia como legatario, aunque en la institución se le designe como heredero» [STS de 9 de marzo de 1993 (RJ 2053)].

En este sentido, defendiendo el carácter presuntivo y no imperativo del artículo 768 del CC, se manifiesta Gordillo Cañas, cuando señala que dicho precepto «es una norma interpretativa en razón de la cual el instituido en cosa cierta habrá de considerarse, en principio, como legatario, pero que no excluye la posibilidad de que, interpretada la voluntad del testador desde la totalidad de los datos que pueden esclarecerla, deba entenderse que la indicación de cosa cierta como objeto de llamamiento, más que expresiva de la ordenación de un legado, constituya una especie de determinación particional por la que de antemano se concreta toda la participación del llamado a la sucesión»[19].

Tampoco existe identidad entre tal supuesto con este otro, habitual en la práctica, en el cual el testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1056 del Código Civil, se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica de las operaciones particionales para que la realicen los contadores-partidores por él nombrados expresamente, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto [SSTS de 9 de marzo de 1961 (RJ 945), 25 de enero de 1971 (RJ 288), 15 de febrero de 1988 (RJ 1987)].

Rodríguez Aguilera se refiere a una cláusula testamentaria frecuente en Cataluña, que reza que el testador «lega a su hijo ... y premuerto a sus descendientes, la suma de ... pesetas, que le servirá en total pago de su legítima, suplemento y de cuantos más derechos pudiera tener y pretender en la herencia del testador», considerándose que tal cláusula priva a dicho

17. La posibilidad de hacer efectiva la legítima de los herederos forzosos por título distinto al testamento se encuentra reconocida en la legislación civil especial de las Comunidades Autónomas (artículo 350 del Código de Sucesiones de Cataluña, artículos 47 y 81.3 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares; artículos 267 y 270 de la Compliación de Navarra o artículo 149 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, disponiendo este último precepto que «La legítima podrá ser atribuida a título de herencia, legado, donación o de cualquier otro modo...».

18. En este sentido, se manifiestan Sancho Gargallo, Ignacio, y Briones Jurado, Carmen: *El juicio sucesorio (conforme a la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil)*, 2002, p. 48; Díaz Fuentes: *op. cit. supra*, pp. 32 y 33. Guilarte Guitiérrez, Vicente: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, 2000, Tomo IV, p. 4212.

19. Gordillo Cañas, Antonio: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, 1991, p. 1887.

heredero a promover la partición, sin perjuicio de solicitar suplemento de la legítima en juicio ordinario[20].

Ahora bien, como señala Díaz Fuentes, distinto sería el caso de que se tratase solamente de la orden de satisfacer la legítima en dinero, después de la muerte, en cuyo caso, dado que lo normal será que la legítima no esté cuantificada *die mortis*, hallándose el legitimario en situación de titular de una cuota-parte de la herencia con afectación de todos los bienes de la misma a la legítima, hasta que ésta se conmute en una suma determinada, en dicho estado, y a los efectos de su determinación, habrá de concedérsele legitimación activa para promover el procedimiento[21].

El legitimario que hubiera sido preterido no podrá instar el procedimiento, sin perjuicio del ejercicio de las acciones por vía declarativa y la posibilidad de solicitar la anotación preventiva de la demanda respecto de los bienes del caudal relicto del causante.

C) El heredero bajo condición suspensiva

No podrá instar la partición el heredero bajo condición suspensiva por mor de lo normado en el artículo 1054 del CC, según el cual los herederos instituidos de tal forma «no podrán pedir la partición hasta que aquélla se cumpla». Sin embargo, como sigue señalando dicho precepto, «podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y, hasta saberse que ésta ha faltado o no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición».

En el supuesto en el que todos los herederos hubieran sido instituidos bajo condición suspensiva, como señala la STS de 3 de abril de 1965, «la partición no podrá efectuarse hasta que ésta se cumpla».

En principio parece claro que si no se adquiere la condición de heredero hasta el cumplimiento de la condición impuesta, quien ha sido instituido de tal forma no pueda promover la partición hereditaria[22]; no obstante constituiría una situación injusta que *pendente conditione* no pudieran el resto de los coherederos instar la partición del haber relicto del causante, por lo que, para propiciar tan legítima pretensión, responde el mentado artículo 1054 del CC. Sin embargo dicho precepto, de no muy afortunada redacción, ofrece problemas interpretativos[23].

20. Rodríguez Aguilera, Carlos: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo de 1956, p. 613.

21. Díaz Fuentes, Antonio: *op. cit. supra*, pp. 33 y 34.

22. El artículo 991 del CC dice que nadie podrá aceptar ni repudiar la herencia sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su *derecho a la herencia*. El artículo 799 del CC, en cuanto señala que la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento, ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de que «con manifiesto error de expresión se refiere a las disposiciones a plazo o término técnicamente diciendo o condición impropia» (STS de 17 de febrero de 1994, RJ 1623). En el mismo sentido la STS de 3 de noviembre de 1989 (RJ 7847) establece que «No resulta de aplicación el artículo 799 del Código Civil, como se aduce en el motivo tercero, ya que tal precepto, no obstante emplear el término "condición", se refiere, como ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, no a la verdadera condición sino al término *incertus quando*, y en el presente caso no se trata de la fijación de un término ni de que la suspensión afecte a la sola ejecución de lo dispuesto por la testadora, sino de la suspensión de la disposición misma, por lo que es de aplicación el artículo 759 del Código Civil y no el 799». De igual forma pueden consultarse las SSTS de 6 de diciembre de 1957 (RJ 3574), 26 de enero de 1959 (RJ 443), 22 de diciembre de 1961 (RJ 1961) y 5 de julio de 1966 (RJ 3671).

23. La Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 16 de julio de 2001 (RJ 5442) señala: «Durante la fase de pendencia de la condición, que para el sobrino es condición suspensiva, el cónyuge viudo puede adjudicarse la totalidad de los bienes que integran el caudal relicto, si bien esa adjudicación ha de tener carácter provisional y, a la vez, ha de asegurarse competentemente el derecho del sobrino (*cfr.* artículo 1054 del Código Civil); lo que no puede hacer es adjudicarse

En efecto, el mismo plantea la cuestión de si tal partición, a la que se atribuye la característica de provisional, afecta a los bienes del causante adjudicados a los herederos puros, dado que éstos no han sido instituidos bajo condición, y si los herederos condicionales habrán de intervenir en élla, efectuándose adjudicaciones de bienes a su favor, si bien de forma provisional y sometidos a la administración de los herederos puros (artículos 801 a 803).

Dentro de la doctrina De la Cámara Álvarez[24] entiende que «no debe interpretarse el precepto en el sentido de que los herederos puros pueden practicar la partición prescindiendo de los herederos condicionales. El CC sólo veda a éstos pedir la partición pero no intervenir en ella. Lo procedente es que intervengan en la partición los herederos condicionales y que el lote de bienes que corresponda al heredero condicional quede sujeto al régimen previsto en los preceptos citados de los que resulta que aquellos bienes quedan bajo administración así como las garantías que en su caso deben prestarse. Conforme a este criterio la partición sólo tiene carácter provisional relativamente al heredero condicional y firme (por lo que se refiere a los bienes a ellos adjudicados) respecto de los herederos puros. La interpretación completamente apegada a la letra de la Ley en este caso supondría, de un lado, imponer una limitación que no tiene justificación suficiente a los herederos puros y, de otro, iría contra el principio de conservación de las particiones».

De esta forma, en el caso de que la condición se cumpliese, la partición adquiriría el carácter de definitiva. Ahora bien, incumplida la condición, se practicaría entre los herederos puros una nueva partición en relación con los bienes que habían sido interinamente atribuidos, y no entregados, a los herederos condicionales, siempre que, claro está, tuviesen derecho a la parte condicional. No obstante, los problemas tendrían mayor complejidad jurídica si la porción de bienes hereditarios, adjudicados provisionalmente a los herederos instituidos bajo condición suspensiva, no correspondiese a los coherederos instituidos pura y simplemente, sino que implicasen la llamada a la herencia de otras personas. Caso en el cual, entiende Díez Picazo, a éstas no les puede vincular la partición de la totalidad de la herencia que con anterioridad se hubiera practicado[25]. Por el contrario, la RDGRN de 28 de enero de 1988 indica que «la provisionalidad a que se refiere el artículo 1054 debe restringirse, pues, a las adjudicaciones que se hagan por la parte del legado parciario (de que en aquel supuesto se trataba) a la que son llamados los nietos. Los coherederos y los otros colegatarios del legado parciario pueden pedir, por su parte, incondicionadamente la partición».

El hecho de que los coherederos bajo condición suspensiva no pudieran promover la partición, no les vedaría la posibilidad de intervenir en ella, por el indiscutible interés que ostentan en la ejecución de las operaciones divisorias con respecto a las cuales gozan de una expectativa de derecho[26]. En este sentido se expresa la RDGRN de 4 de noviembre

unilateralmente, de modo definitivo y sin ninguna garantía ni otra intervención, determinados bienes relictos so pretexto de que, en todo caso, le corresponderá la mitad de la herencia en propiedad, pues en el supuesto de contraer nuevo matrimonio y sobrevivir a ese evento el sobrino al que se deja bajo tal condición una porción de la herencia, tendría derecho, como cualquier heredero (*vid.* artículo 1058 del Código Civil), a intervenir en la partición de la herencia a la que es llamado».

24. Cámara Álvarez, Manuel de la: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, 1991, p. 2470.

25. Díez Picazo, Luis: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 1990, p. 572.

26. Lledó Yagüe, Francisco: *Derecho de Sucesiones*, Vol. II primera parte, 1991, p. 404, en este sentido señala que «en cuanto a la cuestión de si podrán pedir la partición de la herencia los coherederos del instituido condicional, la contestación ha de ser positiva ya que el artículo 1054 del CC sólo prohíbe a los herederos sujetos a condición instar la partición de los bienes, pero no les veda su intervención en la práctica de las operaciones que se realicen a instancia de los otros herederos». La STS de 6 de diciembre de 1957 atribuye al heredero bajo condición suspensiva en esta situación de pendencia «una protección jurídica interina».

de 1933, al considerar que «el artículo 1054 del CC sólo prohíbe a los herederos sujetos a condición instar la partición de bienes, pero no les veda su intervención en la práctica de las operaciones que se realicen a instancia de otros herederos...».

D) El heredero bajo condición resolutoria

Distinto sería el caso del instituido bajo condición resolutoria, pues mientras ésta no se cumpla su derecho a la herencia deviene incuestionable y, por consiguiente, se halla plenamente legitimado para instar la partición. Ahora bien, la adjudicación de bienes a su favor no sería definitiva, y así habría de hacerse constar en su inscripción registral por mor de lo dispuesto en los artículos 9.2 y 23 de la LH.

Al heredero bajo condición resolutoria se refiere la STS de 17 de marzo de 1966 (RJ 1227) en los términos siguientes:

> «... es evidente, que el instituido de ese modo, desde el momento en que fallezca el testador (artículos 657 y 661) y en tanto la condición no se cumpla (artículos 1114 y 1123), es verdadero titular de la porción del caudal relicto, o de los bienes específicos que, en su caso, le hayan sido asignados y como tal, goza de la facultad de enajenarlos, cederlos, grabarlos o realizar con relación a ellos, cuantos actos o contratos estime conveniente, aun cuando por imperativo del principio general de derecho: *Nemo dat quod non habet*, los efectos de dichos negocios jurídicos, se extinguen para los adquirentes con el advenimiento de la contingencia a que el derecho del transmitente se hallare sometido, conforme al aforismo *Resolutorio juris dantis, resolvitur jus accipientis*».

E) Los herederos del heredero

En cuanto a éstos parece lógico se admita su legitimación activa, por las consideraciones anteriormente reseñadas, derivadas de la dicción del artículo 782.1 de la LEC, e igualmente con arreglo a lo normado en el artículo 1055 del CC, que establece que «si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos dejando dos o más herederos, bastará que uno de éstos la pida, pero todos los que intervengan en este último concepto deberán hacerlo bajo una sola representación». Es ésta, pues, la única exigencia de naturaleza procesal que se impone, que tiene su explicación en evitar la intervención de una multiplicidad de partes en la división judicial de la herencia, máxime cuando todos son los sucesores de uno de los coherederos.

Ahora bien, no sería legítima interpretación la que exigiese el acuerdo de todos ellos para promover la partición, bastará, por lo tanto, que el procedimiento lo instase alguno de dichos herederos. En este sentido, se expresa García Coyena cuando señala que el derecho para pedir la partición que tenía el difunto coheredero no puede menos que pasar a sus herederos personales; y como la comunión es odiosa, bastará que uno solo de ellos pida la partición[27].

En definitiva, el derecho del coheredero del causante para instar la partición se extiende, por mor del fenómeno sucesorio (artículo 661 del CC), a sus propios herederos. No obstante lo cual, si el óbito de aquél se produjese instada la partición, nos hallaríamos ante un supuesto de sucesión procesal por causa de muerte incardinado en el artículo 16 de la LEC.

27. García Goyena: *Concordancias*, p. 262.

Tampoco ofrece duda la atribución de tal legitimación al heredero del legatario de parte alícuota por las mismas razones expuestas.

F) Los cesionarios de un coheredero

Como hemos señalado precedentemente, al tratar de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, nos referimos a la cesión de la cuota indivisa del caudal relicto que corresponde al heredero y no a la enajenación de bienes concretos del haber partible, que a lo sumo generará consecuencias meramente obligacionales entre el heredero vendedor y el tercero comprador, susceptibles de ser exigidas entre ellos en el supuesto de que tal bien le hubiese sido adjudicado a aquél en las correspondientes operaciones particionales, pero que en modo alguno legitima a tal cesionario para promover e intervenir en la partición con base en un acto jurídico que en modo alguno afecta al resto de los coherederos.

Pues bien, circunscrito este comentario al supuesto de la cesión de los derechos hereditarios la jurisprudencia, sirviendo a título de ejemplo las SSTS de 24 de febrero de 1909 (CJ T 113, núm. 104), 1 de julio de 1915 y 27 de noviembre de 1961 (RJ 4125)[28] ha venido admitiendo tal legitimación, señalando esta última sentencia que:

> «... al no consignar el artículo 1052 del Código Civil ni el 1038 de la Ley de enjuiciar entre los que pueden pedir la partición a los cesionarios del derecho hereditario, lejos de implicar que les priva de este derecho, es que la mención es innecesaria, puesto que están incluidos en la denominación de herederos, en cuya totalidad de derechos y acciones de alguno –sin exclusión del de solicitar la partición– se han subrogado, así se infiere tanto del artículo 403, como del 1067, que al establecer el retracto de coherederos, el retrayente, se subroga en los derechos –que no son otros que la totalidad que correspondía al heredero que vendió– del comprador».

En definitiva, a quien ha cedido sus derechos hereditarios difícilmente cabe atribuirle legitimación para promover la partición con respecto a unos bienes sometidos a un régimen de comunidad cuando, en virtud de un voluntario acto de disposición patrimonial, ya no forma parte de la misma, careciendo, en consecuencia, de un interés jurídicamente tutelable para instar su división, como también carecería de sentido negar la facultad de instar la partición a quien, de forma legítima, adquirió tales derechos hereditarios, subrogándose en la posición de su causante, al no haber querido los otros coherederos ejercitar el derecho de retracto que les atribuye el artículo 1067 del CC.

Manteniendo la tesis del Tribunal Supremo y la de la doctrina mayoritaria se expresa Sancho Rebullida, cuando afirma que no puede instar la partición el coheredero que ha enajenado su cuota «pues se ha desprendido de su titularidad sobre el activo relicto, y no puede adoptar entonces una decisión, como la de continuar o no el consorcio, que aprovecha o daña fundamentalmente a su adquirente y los restantes herederos. Por opuestas razones, es parte en la división el cesionario de la cuota del coheredero, quien será, en definitiva, el perjudicado o favorecido por las adjudicaciones»[29].

De la Cámara Álvarez, partiendo de la literalidad del artículo 403 del CC, considera que parece excesivo que los demás coherederos tengan que vérselas exclusivamente con quien no formaba parte inicialmente de la comunidad hereditaria, por lo que estima que

28. En el mismo sentido, SSTS de 29 de diciembre de 1930 y 12 de marzo de 1977 y la RDGRN de 29 de diciembre de 1930.
29. Sancho Rebullida, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*, Vol. V, 1993, pp. 114, 115 y 164.

lo más razonable sería reconocer al cesionario la facultad de pedir la partición pero sin que ello suponga la eliminación del coheredero cedente quien deberá de intervenir en las operaciones particionales[30].

Esta legitimación del cesionario no ofrece duda en el Derecho gallego, por mor de lo normado en el artículo 170 de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 24 de mayo de 1995, a tenor del cual «el cesionario de un coheredero se subroga en el lugar de éste en la partición de la herencia».

En el supuesto de que la cesión se llevara a efecto promovida ya la partición, la legitimación del cesionario derivaría de la sucesión por transmisión del objeto litigioso (artículo 17 LEC).

G) Fiduciario y fideicomisario

En principio hay que admitir su legitimación[31]. El fiduciario es un heredero[32] aunque sólo lo sea temporal, en tanto en cuanto tiene limitadas sus facultades dispositivas sobre los bienes de la herencia. Es por ello, y con base en el artículo 1052 del CC, que autores como Díez Picazo, le niega la legitimación activa para instar la partición[33]. En contra de tal criterio se manifiesta, con razón, De la Cámara Álvarez, al razonar que dicho precepto se refiere a la capacidad para administrar y disponer bienes del heredero en general y no está pensado en las limitaciones a la facultad de disponer sobre los propios bienes hereditarios que han de ser objeto de partición, dimanantes de lo ordenado por el testador en su testamento. Por su parte, la STS de 28 de febrero de 1996 (RJ 1269) señala que el fiduciario puede «disponer, por sí solo, de su propiedad temporal, pero siempre con el gravamen fideicomisario, lo que no puede es disponer de los bienes como libres».

Igualmente dicho autor se muestra favorable a la legitimación activa de los fideicomisarios[34], si la sustitución de tal clase es pura, están determinados y viven al morir el testador y aunque no lo haga el fiduciario, pues tienen también un derecho firme sobre la herencia aunque no puedan gozar de él hasta que muera éste. En cambio, si se trata de sustitución fideicomisaria condicional y en la medida que los fideicomisarios pueden equipararse a estos efectos a los herederos cuyo derecho depende de una condición suspensiva lo procedente es negarles legitimación[35].

H) El cónyuge viudo

Al amparo de la legislación procesal derogada era evidente el derecho del cónyuge viudo para promover tanto los juicios abintestato (artículo 973.2), como el de testamentaría

30. De la Cámara Álvarez, Manuel: *op. cit. supra*, p. 2472.

31. También se manifiesta a favor de la legitimación de fiduciario y fideicomisario Sancho Rebullida, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*, Vol. V, 1993, p. 114, así como Lledó Yagüe: *op. cit. supra*, p. 682, que le atribuye legitimación para el ejercicio de las acciones hereditarias.

32. Como señala Lledó Yagüe, Francisco: *op. cit. supra*, Vol. II, p. 679, «no cabe la menor duda que el fiduciario es un heredero y conforme al tenor del artículo 657 del CC, sucesor en los derechos y obligaciones del causante es un propietario de los bienes de la herencia *ad tempus* si bien, como dicen Díez Picazo y Gullón con una titularidad limitada, ya que está ordenada por el testador la transmisión del todo o parte de la herencia a un tercero».

33. Díez Picazo, Luis: *Sistema de Derecho Civil*, Tomo IV, p. 521.

34. Como señala la RDGRN de 27 de marzo de 1981 (RJ 1790) «en cuanto al primer punto, o sea atribuir al fideicomisario el carácter de heredero del fideicomitente, puede entenderse hoy totalmente superada y resuelta esta cuestión en un sentido afirmativo».

35. De la Cámara Álvarez, Manuel: *op. cit. supra*, p. 2471.

(artículo 1038.2), sin embargo dicha legitimación no es atribuida expresamente por la nueva LEC 1/2000 que, en el artículo 782.1, se refiere exclusivamente a «cualquier coheredero o legatario de parte alícuota». Es más si relacionamos dicho precepto con el artículo 783.2, relativo a las personas que deben ser convocadas a junta para designar contador y peritos, la ley se refiere, individualizándolos, «a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente», sin considerar, por lo tanto, a este último incluido en la condición jurídica de heredero.

Por otra parte, la mentada cuestión se complica habida cuenta de la polémica doctrinal[36] y jurisprudencial a la hora de asimilar al cónyuge supérstite a la condición de heredero, dado que sus derechos como legitimario se limitan a la atribución de un *ius in re*, constituido por un usufructo de carácter vitalicio, sin perjuicio de su capitalización (artículo 739 del CC), sobre una parte de la herencia, que varía según concurra con hijos y descendientes (artículo 834), ascendientes (artículo 837) o en defecto de todos ellos (artículo 838), y al que no comprende la responsabilidad por las deudas de la herencia.

La STS de 24 de enero de 1963 (RJ 518) señala las diferencias existentes entre el heredero propiamente dicho y el sucesor usufructuario:

> «aunque lo sea a título universal, sobre todo cuando su designación es voluntaria y no legal, como ocurre en el presente caso, median profundas y esenciales diferencias que dan lugar a la imposibilidad de confundirlos, como son, entre otras, las siguientes: Primera. Por su **naturaleza jurídica** la herencia implica, conforme al artículo 660 del CC, la transmisión del caudal relicto del causante en su integridad (*universum juscuod defunctus habuerit*), de forma tal, que el heredero al adquirir en bloque o en parte alícuota el patrimonio de aquél en su conjunción de derechos y obligaciones (artículos 659 y 661), se coloca respecto del mismo en igual situación que el difunto, en tanto que en la sucesión usufructuaria, el designado se sitúa respecto de dicho caudal en posición distinta de la que gozaba el anterior propietario por sucederle tan sólo en una parte cualitativa de su contenido económico, cual es el goce o disfrute sobre cosa ajena (artículo 467) sin que se le transfiera el *jus disponendi* cualificativo del dominio, según el artículo 348, lo que hace que el contenido de su derecho se asemejó a un *uti singuli*, comprendido en el artículo 660 en relación con el 668 al tener que coexistir con el nudo propietario instituido también universalmente, aparte de que mientras la herencia integra una figura jurídica de **tracto único**, el usufructo lo es de **tracto sucesivo** (artículo 474). Segunda. **Por el título de que dimanan**, el primero es de adquisición **traslativo** del dominio sin disgregación alguna y con todas sus consecuencias, mientras que el segundo, si bien es igualmente adquisitivo, es además constitutivo de un *jus in re aliena* que provoca el desmembramiento de la propiedad al pasar el *jus fruendia* persona distinta de aquel a quien se atribuye la facultad de disposición. Tercera. **Por el modo de entrar en el goce de los bienes**, aunque ambos derechos (artículos 661 y 681) se transfieran a sus titulares desde la muerte del causante (artículo 657), la posesión que es lo que realmente integra el derecho de usufructo pasa **directamente** al heredero (artículo 44) que por analogía con lo dispuesto para los legados bien por sí (artículos 859 y siguientes, 883 y 386) o por medio de los albaceas (artículos 1027 y siguientes) debe entregarla al usufructuario, que no puede entrar en su disfrute por actos de su propia autoridad, aunque esté facultado para reclamarla (artículo 885) con lo que

36. Puig Brutau señala que podemos afirmar sin ninguna duda que el cónyuge sobreviviente no es heredero del fallecido por la sola eficacia de sus derechos hereditarios (*Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol III, 1991, pp. 62 y 63). Vallet dice que es heredero en sentido honorífico, y que tendría más sentido considerarlo como legatario forzoso («Imputación de legados a favor de legitimarios», *Rev. Derecho Privado*, 1948, pp. 331 y 344) por el contrario a favor Manresa, Sánchez Román, Valverde, ver la cita efectuada por Castán Tobeñas (*Derecho civil español común y foral*, Tomo sexto, vol. II, 1979, p. 620). De Buen señalaba que tanto la jurisprudencia como el Código Civil, cuando denominan al cónyuge viudo heredero forzoso emplean la palabra heredero en un sentido muy general, que podríamos calificar de lato o impropio. Otros autores lo han considerado como heredero *sui generis* o con matices especiales.

su adquisición no se verifica de forma inmediata; como en la herencia, sino **mediatamente** a través del sucesor hereditario. Cuarta. **Por su duración**, el instituido heredero adquiere su derecho por tiempo ilimitado y lo transmite a los suyos por gozar sobre los bienes de iguales facultades que su causante, mientras que en el usufructo, la supervivencia de su titular constituye una *condictio juris* de su efectividad (artículo 513) dada la temporalidad y la cualidad de *intuitus personae* de este derecho, lo que le convierte en intransmisible por actos *mortis causa*, aunque no *inter vivos*, según el artículo 480, y origina la imposibilidad de que respecto de él opere el derecho de representación (artículo 761). Quinta. **Por los efectos de su renuncia**, la repudiación de la herencia provoca la reversión de los bienes a la masa hereditaria mediante el derecho de acrecer (artículos 922 y 981) o la apertura de la sucesión legítima, en su caso en tanto que la del usufructo, y salvo los supuestos de los artículos 469 y 987, da lugar a la consolidación del dominio en los nudos propietarios. Y sexta. **Por sus efectos**, el heredero responde de las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino con los suyos propios (*ultra vires*), conforme a los artículos 1003 y 1084, salvo la aceptación a beneficio de inventario, autorizada por los 1010 y siguientes (artículo 1023, núms. 1.º y 3.º), mientras que el usufructuario, únicamente queda afectado por lo general por los legados de pensión vitalicia y alimentos (artículo 503) debido a la temporalidad de su disfrute, asemejándose con ello a los legatarios que responden de las cargas que les fueron impuestas (artículo 858) o de las que existieran cuando toda la herencia se hubiese distribuido de esa forma (artículo 891) sin responder con sus bienes particulares, si bien todos estos gravámenes repercuten en el usufructo, porque al disminuir el caudal mediante su pago, se merman correlativamente los réditos de tal derecho, que recaen sobre el patrimonio neto y no sobre la totalidad de la herencia, aunque para evitarla su titular está facultado para utilizar los derechos que le confiere el artículo 510; de todo lo cual se deduce que el sucesor usufructuario no puede confundirse con un heredero ni con un legatario de parte alícuota y que, aunque esté designado a título universal, no se trata de un continuador de la personalidad del testador a efectos de no poder impugnar los actos por éste realizados cuando, como en este caso, lesionan sus intereses nacidos, no del usufructo, sino de su condición de heredero de otra persona, con lo que decae el cuarto y último motivo del recurso y procede la desestimación de éste en su totalidad».

Es cierto, como hemos señalado, que la doctrina y tampoco la jurisprudencia son unánimes al resolver tal cuestión, existiendo resoluciones judiciales que niegan al cónyuge viudo la condición de heredero, como, por ejemplo, la Sentencia de 9 de enero de 1974 (RJ 163), que declara que «el cónyuge viudo tiene por su cuota viudal un simple derecho de crédito, según le reconoce el artículo 839 CC; en una palabra que propiamente no es heredero y por ello no debe ser llamado al pleito en que se ejerciten acciones cuyo cumplimiento corresponde sólo a los herederos».

Por otra parte, siempre se ha negado su responsabilidad por las deudas hereditarias por no disfrutar más que del simple goce temporal de una porción hereditaria, como la establecida en el artículo 834 del Código Civil –SSTS de 20 de octubre de 1904, 25 de enero de 1911, 9 de junio de 1949 (RJ 1949\730), 11 de enero de 1950 (RJ 21), 28 de octubre de 1970 (RJ 1970, 4247), 20 de septiembre de 1982 (RJ 4920), aunque esta resolución señale que debe ser convocado al litigio en que reclamen dichas deudas[37].

No obstante, en otras resoluciones, se le atribuye tal condición jurídica, así la STS de 16 de noviembre de 1929 (CJ, T 191, núm. 42), que señala que: «el cónyuge viudo es un heredero forzoso, con todos los derechos y deberes de tal», por lo que se le confiere legitimación para revindicar una finca del causante para la masa hereditaria.

37. En contra, SSTS de 4 de julio de 1906, 25 de enero de 1911 y 10 de enero de 1929, que no exigen que el cónyuge viudo sea a tales efectos interpelado.

De la misma forma la STS de 20 de junio de 1932 (RJ 1119) considera que ostenta la calidad de heredero forzoso declarada por el número tercero del artículo 807 del Código Civil, razonando que:

> «si bien carece de las notas de totalidad o perpetuidad respecto a la sucesión del causante y por ello no confiere la representación en todos sus derechos ni la responsabilidad en sus obligaciones, es innegable que con relación a la parte que los artículos 834 a 837 de dicho Código asignan al cónyuge supérstite, tiene éste la misma amplitud de facultades que para hacer efectiva la suya corresponde al sucesor universal descendiente o ascendiente, y, por tanto, no puede desconocerse su derecho a intervenir en la liquidación del caudal relicto para la justa defensa así en lo que respecta a la cuota viudal como en lo referente a su mitad de gananciales, porciones que pudieran sufrir menoscabo sin la vigilancia de quien tiene derecho a percibirlas».

Más categórica es la Sentencia de 26 de marzo de 1940 (RJ 282), que señala:

> «ante la innovación introducida por el Código Civil en orden a los derechos hereditarios del cónyuge viudo pudo, por la deficiente y no bien concordada estructura de sus preceptos normativos, suscitarse en los primeros tiempos de su vigencia duda y discusión sobre su cualidad de heredero del premuerto intestado, pero una reiterada jurisprudencia interpretativa de las aludidas disposiciones relativas a las legítimas y a la sucesión intestada, tiene ya reconocido al cónyuge superviviente el carácter de heredero forzoso del finado, siquiera sea con la limitación que le impone el ser su legítima usufructuaria de parte alícuota de la herencia, salvo en el caso que previene el artículo 952 del Código Civil».

La STS de 9 de junio de 1949 (RJ 730), indica que se trata de un heredero *sui generis* o con matices especiales, y de la misma forma se expresa la más reciente de 11 de abril de 1990 (RJ 2717), cuando indica que «a la vista de los artículos 807, 834 y 838 del CC no cabe dudar de que la viuda es una heredera singular o atípica, dado su carácter de sucesora usufructuaria, que justifica un interés en el procedimiento seguido contra su marido sobre reclamación de filiación natural o de sangre y, en consecuencia, ha de entenderse comprendida en el llamamiento genérico a los herederos del mismo una vez fallecido»

Por otra parte, se le atribuye al viudo dicha cualidad para promover la partición (SSTS de 6 de noviembre de 1912 y 28 de de marzo de 1924), para ser demandante o demandado estando la herencia indivisa en representación de ésta (SSTS de 24 febrero de 1926, 16 noviembre 1929, 30 de junio de 1950), pedir la nulidad de las enajenaciones simuladas [STS de 23 de octubre de 1965 (RJ 4626)], o de una partición de una herencia anterior en la que estaba interesado el causante suyo en beneficio de la masa hereditaria (STS de 25 de junio de 1965), participar en los pagos comunes de la partición [STS de 11 de enero de 1950 (RJ 21)], suceder al cónyuge en su condición de arrendatario de local de negocio [SSTS de 14 de febrero de 1959 (RJ 1486), 30 de enero de 1960 (RJ 452), 26 de junio de 1963 (RJ 3495)].

Las mentadas facultades que la jurisprudencia atribuye al cónyuge viudo, su condición de heredero forzoso conforme al artículo 807 del CC, el hecho de que el artículo 855 regule los supuestos legítimos de su desheredación, su condición de sucesor abintestato (artículo 944 CC)[38], todo ello unido a los precedentes legislativos existentes en los que siempre se le atribuyó legitimación para instar la partición[39], el carácter preferente para atribuirle la condición de administrador de la herencia sobre los herederos y legatarios de parte alícuota en las actuaciones de intervención del caudal hereditario (artículo 795.2 LEC 1/2000), el

38. Con respecto a la cual ha señalado el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de junio de 1949 (RJ 730), que es «heredero propiamente dicho, quien asume todos los derechos y obligaciones del *de cuius*».

indiscutible interés legítimo que el mismo tiene en la partición en cuanto usufructuario en los tercios de la herencia, concebida ésta como una universitas (mejora, en el caso del artículo 834, mejora y libre disposición en los supuestos de los artículos 837 y 838) y por consiguiente subordinado su haber a la liquidación de las deudas y a la determinación cuantitativa de aquéllos, parece procedente, bien sea un heredero *sui generis*, especial o impropio, atribuirle dicha legitimación a los efectos de instar el presente procedimiento divisorio, sin obligarle a promover un juicio declarativo para hacer efectivos sus derechos.

En definitiva, es un contrasentido negarle la condición de contador partidor, obligarle a satisfacer los gastos de la partición, permitirle ejercitar acciones en beneficio de la comunidad hereditaria, atribuirle con preferencia la condición de administrador del caudal relicto (artículo 795.2), ser parte necesaria en la partición (artículo 783), poder oponerse a las operaciones particionales (artículo 787), conferirle el derecho a instar la intervención judicial de la herencia (artículo 792.1.1), y sin embargo negarle legitimación activa para promover el procedimiento que nos ocupa. Es más sin explicación alguna en la exposición de motivos, la simple omisión en el artículo 782.1 de la LEC del cónyuge viudo, bajo una evidente polémica sobre su condición o no de heredero, no permite concluir que se pretendiera privarle de una legitimación de la que siempre gozó para promover un procedimiento en el que cuenta con un indiscutible interés jurídico, es más el legislador al privar de la legitimación, otrora reconocida al acreedor para instar el juicio de testamentaría (artículo 1038.4.º) o el abintestato (artículo 973.3), lo hizo expresamente, señalando el artículo 782.3 de la nueva ley procesal que «los acreedores no podrán instar la división».

Compartimos, pues, la opinión de Díaz Fuentes, cuando señala que decididamente habrá que dar entrada al viudo o viuda para promover este procedimiento, pero bien pudo el legislador mantener la expresión que contenía determinadamente la ley anterior[40]. Tampoco le niega legitimación Montes Reyes[41] y se la concede Guilarte Gutiérrez, por mor de la equiparación que efectúa el artículo 806 entre legitimario y heredero forzoso, situación que parece suficiente a los efectos de concluir su legitimación para instar la partición sin necesidad de entrar a valorar si resulta adecuada tal identidad heredero y legitimario[42].

Lógicamente la problemática expuesta no se plantea cuando el cónyuge supérstite sea heredero testamentario.

I) El legatario de parte alícuota

La legitimación del mismo es indiscutible por expresa atribución del artículo 782.1 de la LEC. La razón de ello proviene de la identidad existente entre su posición jurídica con respecto al caudal relicto con la del heredero[43]. En efecto, a la muerte del causante, tanto

39. La STS de 6 de febrero de 1970 señala que «la presencia del cónyuge viudo es siempre necesaria en las operaciones de liquidación de una herencia ... pues la naturaleza especial de la legítima vidual y el carácter de heredero forzoso que al viudo reconoce el artículo 807.3.º del CC, impone que se dé cumplimiento al principio de unanimidad en la partición, sancionado en el artículo 1059 del mismo Cuerpo legal».

40. Díaz Fuentes, Antonio: *op. cit. supra*, p. 40, que indica que el cónyuge viudo es un interesado pendiente de la inserción de bienes en los tercios respectivos: en la formación del cupo para mejora, sobre la que recaerá su titularidad usufructuaria en el caso del artículo 834, y de los de mejora y libre disposición, en los casos de los artículos 837 y 838; y concurre asimismo la afectación de todos los bienes de la herencia al pago de su parte, según el artículo 839, párrafo segundo, *op. cit. supra*, p. 39.

41. Montes Reyes, Amalia: «División judicial de patrimonios», *La Ley*, 2000, pp. 73 y 74.

42. Guilarte Gutiérrez, Vicente: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, Lex Nova, 2.ª edición, p. 4211.

43. La Sentencia de la Sala 1.ª de 22 de febrero de 1997 (RJ 1191) reconoce la necesidad de intervención en el procedimiento de partición legatario de parte alícuota de la herencia dada la semejanza a estos efectos con los herederos.

dicho legatario como el heredero adquieren un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar materialmente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes, quedando, por ello, como refiere la jurisprudencia [SSTS de 16 de octubre de 1940 y 11 de enero de 1950 (RJ 21)], equiparados en este aspecto por idéntico interés jurídico, señalando además que al heredero y al legatario de parte alícuota les afecta por igual la responsabilidad referente a los gastos comunes de la partición, bien mediante la fórmula admitida de hijuela especial detraída de la herencia, si es aceptada por todos los interesados, bien por imputación a los mismos proporcionalmente al haber líquido que se les adjudique.

Al no ser titular de una cuota abstracta en la herencia, de necesaria individualización, el legatario de cosa determinada carece de legitimación para promover la partición[44], sin perjuicio claro está de su indiscutible derecho a solicitar la entrega y posesión de la cosa legada al heredero o al albacea autorizado para darla (artículo 885) o ejercitando al respecto las correspondientes acciones judiciales, concretamente la acción *ex testamento* [SSTS de 4 de octubre de 1927, 3 de junio de 1947 (RJ 903), 29 de septiembre de 1979 (RJ 3321)][45] e incluso la anotación preventiva de su derecho al amparo de los artículos 42.7 y 45 y siguientes de la LH. No obstante, el testador puede atribuirle la posibilidad de tomar por sí mismo la cosa legada [STS de 26 de octubre de 1928, RRDGRN 19 de noviembre de 1952 (RJ 2816) y 25 de mayo de 1971 (RJ 3402)].

La razón por la cual, pese a la dicción del artículo 882 del CC, que confiere al legatario de cosa determinada la propiedad desde la muerte del testador con los frutos, el artículo 885 exige su entrega por parte de los herederos, proscribiendo la ocupación directa por el legatario, deriva de dos razones fundamentales, cuales son comprobar si los bienes legados se encuentran dentro de la cuota de la que el testador puede disponer por testamento, así como evitar el gravamen de la legítima de los herederos (artículos 813 y 817).

J) Los acreedores

Con respecto al régimen jurídico de los acreedores hay que distinguir que los mismos lo sean de la herencia o particulares de los coherederos, así como estudiar sus derechos antes, durante y después de la partición.

A) Los acreedores de la herencia

Mientras que, en la derogada LEC de 1881, se atribuía a los acreedores de la herencia legitimación activa para instar el juicio de testamentaría (artículo 1038.4) o el abintestato (artículo 973.3), actualmente el artículo 782.3 de la nueva ley procesal civil señala que «los acreedores no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división

44. Así resulta de las SSTS de 24 de julio de 1911 y 6 de noviembre de 1934.

45. En este caso, dada su condición de propietario que le confiere el artículo 882 CC, la doctrina viene admitiendo el ejercicio por el legatario de la acción reivindicatoria para obtener la entrega de la cosa, o incluso concurriendo los requisitos para ello promover juicio sumario para obtener su entrega judicial al amparo del artículo 250.1.3º LEC. Cabe incluso que existiendo contienda entre herederos solicite judicialmente la entrega del legado [STS de 30 de noviembre de 1990 (RJ 9220)].

de la herencia». No obstante, en el numeral 4 de dicho precepto, expresamente se señala que «los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Esta petición podrá deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero», y por su parte, el artículo 788.3 señala que «cuando se haya formulado por algún acreedor de la herencia la petición a que se refiere el apartado 4 del artículo 782, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción»[46].

En definitiva, estas normas son de extraordinario valor, pues a través de las mismas se dispensa en nuestro Derecho protección jurídica a los acreedores de la herencia frente a los acreedores de los herederos, a los que se les niega, sin embargo, a diferencia de lo que sucedía en la legislación derogada, legitimación para promover el procedimiento de división de la herencia.

En efecto, en virtud del fenómeno de sucesión *mortis causa* se produce una suerte de confusión entre el patrimonio de los herederos, que han aceptado pura y simplemente la herencia, y el procedente del causante (artículos 659 y 661 del CC), de manera tal que los acreedores hereditarios se podrían ver perjudicados por la necesidad de concurrir con los acreedores individuales de los herederos, en el caso de que el patrimonio de estos últimos fuera insuficiente para atender a sus propias deudas.

Es precisamente, para obviar tal situación jurídica y para la efectividad de esa regla áurea en materia hereditaria de que primero es «pagar antes que heredar» *(nemo liberalis, nisi liberatus)*, que en el Derecho romano se reconocía el *beneficium separationis*, a través de la separación de patrimonios, formando dos masas de bienes, cada una de ellas afecta a una concreta responsabilidad, de manera tal que se impedía a los acreedores del heredero instar la efectividad de sus créditos sobre los bienes de la masa hereditaria, así como a los acreedores de la herencia hacer efectivos los suyos sobre los bienes del heredero. De esta forma, como señalaba López Jacoiste, «las cosas ocurrían como si viviese el causante y no se hubiese mezclado su patrimonio con el del heredero»[47].

Esta institución, con manifestaciones en el Derecho Comparado (Francia, Italia y Alemania) y en las legislaciones forales (artículo 37 del Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña, de 30 de diciembre de 1991[48] y Ley 319 de la Compilación de Navarra

46. De los artículos 45 y 48 del Código de Sucesiones por causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, resulta que los acreedores de la herencia si bien no pueden promover la partición, sí tienen legitimación para oponerse a que se lleve a efecto sin antes pagarles o afianzarles sus créditos, de la misma forma el artículo 55 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de Muerte de Aragón atribuye dicho derecho de oposición a los acreedores de la herencia.

47. López Jacoiste, J.J.: «El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», en *RGLJ*, 1958, p. 478.

48. El mentado artículo señala que: «Los acreedores por deudas del causante y los legatarios podrán obtener del Juez competente que el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, a fin de salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares de este último. El Juez, previo inventario de la herencia y previa adecuada justificación, concederá este beneficio y adoptará, en su caso, las medidas conducentes a su efectividad. Los acreedores del causante y los legatarios que obtengan el beneficio de separación tendrán derecho preferente para el cobro de sus créditos y percepción de sus legados respecto a los acreedores particulares del heredero, pero mientras estos últimos no resulten pagados, dichos acreedores no podrán perseguir los bienes privativos del heredero».

de 1 de marzo de 1973[49]) no fue sin embargo recogida por el CC, con lo que es preciso determinar de qué forma se garantizan los derechos de los acreedores hereditarios.

Es evidente que la problemática suscitada no nace cuando los herederos hayan aceptado la herencia a beneficio de inventario (artículo 1003 del CC), pues en tal caso los patrimonios del causante y el de sus herederos permanecen separados, y la preferencia de los acreedores hereditarios deviene incontestable. Así resulta de lo normado en el artículo 1023 del CC, cuando indica que «el administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores», proclamando en consecuencia la preferencia de éstos sobre aquéllos, derivada de la naturaleza gratuita de la disposición patrimonial efectuada a favor del legatario, mientras que el crédito del acreedor proviene de la prestación onerosa efectuada al causante, por lo que es justo que, en supuestos de insuficiencia de bienes, cobren antes los acreedores, pues en otro caso sufrirían un perjuicio patrimonial, mientras que los legatarios únicamente dejarían de percibir una ganancia proveniente de una acto gratuito o de mera liberalidad.

Completa el tuitivo panorama normativo el artículo 1034 del referido texto legal, conforme al cual «los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención o embargo del remanente que puede resultar a favor del heredero». Precepto del que se deduce la total escisión patrimonial entre la masa hereditaria y el patrimonio de cada uno de los coherederos, quedando los acreedores de estos últimos en una posición expectante y subordinada a la existencia de remanente activo, una vez pagadas las deudas de la herencia o comunidad hereditaria y los legatarios, lo que no impide, sin embargo, que se les confiera a los precitados acreedores la garantía de instar del Juez el embargo de dicho remanente, a los efectos de evitar que el heredero disponga del mismo en perjuicio del legítimo derecho de aquéllos al cobro de sus créditos.

En definitiva, si bien la aceptación de la herencia a beneficio de inventario es facultativa del heredero, decisión con respecto a la cual el acreedor de la herencia no puede interferir, una vez ejercitado tal derecho, el beneficio no sólo se extiende a aquél, sino también a los acreedores de la herencia y legatarios, cuyos derechos se anteponen a los de los acreedores de los herederos mediante la preferencia que les confiere la Ley sobre los bienes y derechos de la herencia.

Sin embargo, la cuestión se plantea de diversa forma en el caso de aceptación pura y simple de la herencia, supuesto en el cual se produce la responsabilidad ilimitada del heredero o *ultra vires hereditatis*, a la que se refiere el artículo 1003 del CC, cuando le hace

49. Ley 319: «Beneficio de Separación»: «a) Quienes pueden solicitarlo.–Los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del Juez la formación del inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías.

Los legatarios tendrán este mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores.

b) Efectos.–La separación de bienes hereditarios afectará a éstos para el pago preferente a los acreedores y legatarios que la hubieran solicitado. El Juez, a petición de los interesados, señalará el plazo para la formación de inventario y decretará las anotaciones y embargos preventivos, notificaciones y demás medidas de aseguramiento.

Una vez satisfechos los acreedores de la herencia y legatarios que hubieren solicitado la separación, serán pagados los acreedores y legatarios que no la hubieren solicitado, sin más preferencia entre ellos que la que les corresponda por la naturaleza de sus créditos o conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

responsable de las cargas de la misma, dentro de las cuales se hallan las deudas, «no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios»[50].

Pues bien, en este caso, la protección jurídica de los acreedores de la herencia se estructura de la forma siguiente:

En primer término, tendrían la posibilidad de dirigir su reclamación frente a cualquiera de los herederos, que responderán solidariamente, pues pese a la dicción del artículo 1084 del CC, que señala que «hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los herederos», tanto doctrina mayoritaria (Castán, Espín, Royo, Ginot, Roca Sastre, Puig Brutau, Albaladejo, Rivas, De la Cámara[51]) como la jurisprudencia[52] han mantenido que tal clase de responsabilidad existe con carácter previo a la partición o incluso durante la tramitación de la división judicial, pues no existe explicación lógica que una vez efectuada la división hereditaria nazca la solidaridad entre los coherederos, que aceptaron la herencia pura y simplemente, frente a los acreedores hereditarios y por el total importe de sus créditos, y sin embargo dicho régimen jurídico no opere con antelación a que la misma se lleve a efecto[53]. No obstante, dicha posición tiene también detractores, como por ejemplo Lacruz[54], Marín García de Leonardo[55], en cuanto vienen a sostener que, a consecuencia de la responsabilidad *ultra vires* y en tanto en cuanto no se ha practicado la partición, los herederos pasan a ser deudores en un doble sentido, por un lado como cotitulares del patrimonio hereditario y por otro con su patrimonio personal, y como no hay ningún precepto que atribuya a esta última responsabilidad la condición de solidaria, con respecto a ésta regirá la regla general de la mancomunidad.

Es igualmente claro que el régimen de la solidaridad impide el surgimiento del litisconsorcio pasivo necesario, y el fallo que se dictara podrá hacerse efectivo sobre el patrimonio del solvente heredero, y en caso de insuficiencia patrimonial bajo el régimen de preferencia legal en relación con el resto de sus propios acreedores, y siempre, sin perjuicio, claro está, de las acciones de repetición a ejercitar contra los otros coherederos (artículo 1085) y la posibilidad de provocar su intervención procesal (artículos 1084.II CC y 14 LEC).

50. La STS de 21 de abril de 1997 (RJ 3248), señala que «por la aceptación pura y simple, el heredero asume la representación de la personalidad jurídica de su causante, sin limitaciones y debe pechar con las cargas que aquél consintió en vida, con lo que viene a ser tanto sujeto activo, como pasivo de sus relaciones jurídicas patrimoniales no debidamente extinguidas, accediendo de esta manera a una responsabilidad ilimitada e indiferenciada, de la que responden no sólo los bienes hereditarios, sino también los propios».

51. Ver cita al respecto, en la obra *Comentario del Código Civil*, Tomo I, p. 2557, de De la Cámara Álvarez, Manuel.

52. Ver SSTS de 9 de enero de 1901, 3 de abril de 1903, 2 de octubre de 1907, 17 de marzo de 1910, 21 de febrero de 1911, 24 de noviembre de 1915, 28 de enero de 1919, 6 de julio de 1920, 21 de febrero de 1923, 3 de enero de 1928, 20 de noviembre de 1929, 16 de octubre de 1930, 22 de junio de 1931, entre otras, y RRDGR 16 de octubre de 1933, 27 de marzo de 1957 y 15 de octubre de 1962, entre otras.

53. Sin embargo, en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesión por Causa de Muerte, de Aragón, norma en su artículo 54 que «los acreedores hereditarios, incluido el heredero que también lo sea, mientras no se realice la partición, habrán de proceder contra todos los herederos para exigir el pago de las deudas y cargas de la herencia».

54. Lacruz Berdejo J.L. y Sancho Rebullida: *Derecho de Sucesiones*, 1988, p. 130, señala que «el coheredero simple en su consideración individual mientras que el caudal se halla indiviso e intacto responde ilimitadamente por la parte de la deuda proporcional a su cuota en la herencia».

55. Marín García de Leonardo, María Teresa: *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, 1991, pp. 128 y 129, indica que «el coheredero no podrá ser demandado individualmente porque no existe división, pero si éste ha sido aceptante incondicional de la herencia cabe que: a) O bien, como ya apuntamos, el acreedor se dirija contra todos los herederos como integrantes de la comunidad para reclamar el pago de su crédito, rigiéndose esta situación por los artículos 1139 y 1150 del CC básicamente; b) O caso de que algunos herederos hayan aceptado pura y simplemente, con respecto a sus bienes personales si el acreedor se dirigiera contra alguno de ellos, en los supuestos indicados, «él solo pagará una parte de la deuda hereditaria igual a su cuota en la herencia y no el resto de tal deuda, que el acreedor habrá de cobrar con cargo a los bienes relictos o bien proporcionalmente de cada uno de los herederos», citando a Lacruz.

No obstante, si el acreedor pretendiese la efectividad del crédito sobre los bienes del causante, en este caso como los mismos se hallan en régimen de comunidad, su afectación, en el proceso de ejecución, exigiría la interpelación conjunta de todos los herederos, así como cuando se pretendiese la entrega de un bien poseído por el causante antes de su fallecimiento, integrante de una comunidad hereditaria carente de personalidad jurídica.

En el caso de título ejecutivo formado o suscrito con el causante (artículo 517), la ejecución podrá despacharse frente a quien se acredite ser sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado (artículo 540.1 LEC).

La segunda posibilidad, que se le ofrece al acreedor de la herencia, es oponerse a la división de la comunidad hereditaria, lo que impide a los acreedores de los herederos la realización de sus créditos sobre los concretos bienes de la misma, limitándose su derecho de garantía a interesar el embargo de la cuota hereditaria (abstracta) de sus deudores, cuya materialización en bienes susceptibles de realización patrimonial dependerá de la existencia de activo partible, lo que exige, entre otras operaciones particionales, el pago previo a los acreedores de la herencia.

Este derecho de oposición, que impide la confusión patrimonial en perjuicio de los acreedores hereditarios, se haya prevista en el artículo 1082 del CC, según el cual «los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos», precepto que, si bien es aplicable a toda clase de partición, excepto a la realizada por el testador, pues en tal caso la misma ya se ha llevado a efecto, recibe una especial atención en el procedimiento de división judicial de la herencia, al tiempo que precisa que debe entenderse por «acreedor reconocido», evitando la polémica doctrinal que existía al respecto, al no precisar tal concepto el Código Civil, ni tampoco lo hacía el derogado artículo 1038.4 de la Ley de Trámites de 1881, que se refería, a los efectos de atribuirle legitimación para promover el juicio de testamentaría, a «cualquier acreedor, siempre que presente un título escrito que justifique cumplidamente su crédito».

En efecto, como hemos visto, el artículo 782.4 señala que «los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Esta petición podrá deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero».

El mentado precepto confiere, por consiguiente, la posibilidad de oponerse a la partición judicial a los acreedores hereditarios, pero siempre que su condición de tales aparezca, *prima facie,* acreditada, a través de una buena apariencia de derecho, derivada:

a) Del reconocimiento efectuado por el causante en el testamento.

b) El reconocimiento efectuado por los herederos.

c) Tener su derecho reconocido en título ejecutivo, con lo que existe al respecto una remisión al artículo 517 de la LEC, por mor del cual, podrán oponerse a la división judicial los acreedores cuyos derechos se hallaran reflejados en sentencias y otras resoluciones judiciales, laudos arbitrales, escrituras públicas, pólizas originales de contratos mercantiles debidamente intervenidos por notario, entre otros títulos de tal clase, y siempre con los requisitos adicionales señalados en dicho precepto.

Pues bien, a tales acreedores se les confiere el derecho a oponerse a la partición, «hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos». La mentada expresión normativa hay que interpretarla *a contrario sensu*, en el sentido de que dicha oposición no es viable en el caso de que los precitados créditos se hallasen pagados o afianzados, para lo cual no es bastante haber obtenido una anotación preventiva de embargo, que sólo confiere preferencia sobre créditos posteriores (artículo 1923 CC), pero que no garantiza el cobro ni evita la concurrencia con otros acreedores.

Por otra parte, parece lógico entender que el crédito del acreedor no es preciso que esté vencido, pues el mentado precepto admite, en tales supuestos, la posibilidad de su afianzamiento para el momento en que sea exigible. Ni tampoco se puede lógicamente imponer el pago a los coherederos cuando cuestionan la bondad del crédito esgrimido, en cuyo supuesto podrán afianzar mientras se resuelve la legitimidad de dicha reclamación.

Es evidente que dicho beneficio no recae en los acreedores individuales de los herederos, pues éstos carecen de derecho para evitar que la partición sea efectiva en perjuicio de los otros coherederos con respecto a los cuales no les une vínculo jurídico de clase alguna, que posibilite una legítima injerencia en sus derechos, como sería la de privarles de la división de la herencia, a diferencia de lo que sucede con los acreedores hereditarios, pues con respecto a éstos su derecho nació de las obligaciones contraídas por el propio causante de la herencia y de las que responden además sus herederos solidariamente en virtud de la aceptación hereditaria.

Ahora bien, esta garantía de los acreedores se puede ver limitada por la imposibilidad de promover el juicio de división judicial que otrora les confería la legislación derogada y no preverse expresamente su necesaria llamada al procedimiento, máxime cuando, salvo que conste en la petición inicial, el Juzgado desconocerá su condición de tales, hasta momentos ulteriores del «*iter* procedimental», que se pueden dilatar hasta la presentación por el contador de las operaciones divisorias, de las cuales se dará traslado a las partes, condición jurídica de la que carecen los acreedores. Además tampoco la LEC se ocupa de la comunicación de la existencia del procedimiento a dichos acreedores, máxime cuando incluso, con respecto a los que lo son de los herederos, el artículo 782.5 se limita a señalar que podrán intervenir a su costa en la partición, previendo su convocatoria a junta únicamente cuando estuvieran personados en el procedimiento, añadiendo que «los que no estuvieren personados no serán citados». Analizando, la nueva normativa, Guilarte Gutiérrez entiende que el acreedor hereditario no ha de intervenir en las operaciones particionales, pues a los mismos se les otorga como único instrumento adjetivo la posibilidad de oponerse a la partición que realicen los coherederos, explicando tal posición con la finalidad del Legislador de pretender una menor presencia de partes colaterales en los trámites divisorios, a los efectos de simplificar el procedimiento[56]. Con lo que la posibilidad de una efectiva partición sin conocimiento de ellos no será ni mucho menos infrecuente.

Martinez Espín entiende que, para garantizar la facultad de oposición, cabe interpretar que el artículo 1082 del CC exige una notificación a cargo de los herederos, y que, si a pesar de la oposición de los acreedores, aquéllos dividen la herencia, los acreedores podrán impugnarla con la consecuencia jurídica del establecimiento de nuevo de la comunidad, salvo terceros adquirentes protegidos por la fe pública (artículo 34 LH)[57].

56. Guilarte Gutiérrez, Vicente: *op. cit. supra*, p. 4223.

57. Martínez Espín, Pascual: *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2001, p. 1247.

El derecho de oposición de los herederos de la herencia se podrá llevar a efecto en cualquier momento, si bien con el límite temporal de que no se ejercite con posterioridad a que «se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero», y por su parte, el artículo 788.3 señala que «cuando se haya formulado por algún acreedor de la herencia la petición a que se refiere el apartado 4 del artículo 782, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción», esto es, que la manifestación de la oposición no parece impedir que se tramite la partición, sino la efectiva entrega de los bienes adjudicados, evitando así la adquisición de los mismos por parte de los herederos (artículo 609 CC), al tiempo que la prosecución de las operaciones particionales posibilitaría la efectividad de dichos créditos en cuanto a su reconocimiento efectivo y concreta forma de pago.

No obstante, las objeciones que efectúa Díaz Fuentes son importantes, en tanto en cuanto si la adjudicación aprobada constituye el título, la *traditio* podría provenir del artículo 440 del CC, según el cual «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia», en cuyo supuesto la garantía de los acreedores que busca el artículo 782.4 de la nueva LEC podría resultar perjudicada, si se realizaran enajenaciones por los adjudicatarios, cualquiera que fuese luego el éxito de la impugnación de las mismas por fraude u otra causas[58], y máxime, además, podemos añadir cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es unánime sobre la necesidad de la tradición, así, si bien *obiter dicta*, la STS de 14 de junio de 1971, señala que no se produce la transmisión de bienes inmuebles incluidos en la partición hereditaria hasta que se eleve a escritura el acuerdo particional, por mor del artículo 609 del CC; sin embargo, abordando el *thema decidendi* de la casación, la Sentencia de dicho Alto Tribunal de 5 de marzo de 1991 (RJ 1718) no la exige para que se produzca la adquisición de la propiedad por el coheredero, señalando que:

> «la partición realizada por los herederos no es un título traslativo de la propiedad, como entiende la recurrente, necesitado de la tradición para la adquisición de la propiedad al que sea aplicable el inciso final del párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil al decir que "la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten..., y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición", ya que según el propio precepto, el título adquisitivo de la propiedad, en el presente caso, es "la sucesión testada" que no necesita de la tradición ya que, a tenor del artículo 440 del propio Código, "la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia";»

La garantía, con relación a los herederos radica en la falta de entrega de los bienes adjudicados, por lo que la posibilidad de evitar los efectos señalados podrían obviarse en parte mediante la suspensión de las actuaciones señaladas en el artículo 788, es decir, obviando la protocolización de las operaciones hereditarias, la entrega de los títulos de propiedad, no poniendo el secretario en los mismos notas expresivas de su adjudicación, y no expedir testimonio del haber y adjudicación respectivos, lo que impedirá la inscripción y protección registral del artículo 34 de la LH. Por otra parte, si los herederos solicitan la intervención del caudal hereditario, como comentaremos a continuación, con la posibilidad de hacer constar en el Registro de la Propiedad el estado de la administración de las fincas de la herencia y el nombramiento de administrador mediante mandamiento judicial con los requisitos previstos en la legislación hipotecaria (artículos 797.3 LEC, 72 y 73 de la LH,

58. Díaz Fuentes, Antonio: *op. cit. supra*, p. 53.

165 del RH) servirá igualmente de advertencia a los eventuales compradores de dichos bienes.

En efecto, como hemos señalado también, los acreedores de la herencia podrán pedir, conforme a lo normado en el artículo 792.2, la intervención del caudal hereditario, siempre que hubieran sido reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo. Las medidas que podrán acordarse, en virtud de la remisión que efectúa dicho precepto al artículo 791.2, que se adoptarán por medio de auto, son: 1.º) la ocupación de los libros, papeles y correspondencia del difunto; 2.º) Inventariar y depositar los bienes, disponiendo lo que proceda sobre su administración, con arreglo a lo establecido en la LEC. Los referidos acreedores serán citados a la formación de inventario (artículo 793.3.4.º). El tribunal podrá nombrar a una persona, con cargo al caudal hereditario, que efectúe y garantice el inventario y su depósito. Esta intervención no cesará hasta que se produzca el pago o afianzamiento de los créditos (artículo 796.3).

La LEC no impide al acreedor solicitar la intervención antes de la aceptación de la herencia, obteniendo en estos casos el nombramiento de un administrador que posibilitaría la formulación de una demanda contra la herencia yacente (artículos 6.1.4 y 7.5, en relación con los artículos 782.3 y 798). En este sentido, la STS de 20 de septiembre de 1982 admite que figure constituida legítimamente la relación jurídico-procesal mediante la interpelación judicial de dicha herencia representada por el administrador. La mentada resolución señala:

> «Que según criterio generalmente seguido en la práctica y aceptado por la doctrina y la Jurisprudencia como adecuada solución a los problemas que plantea, la herencia en situación de yacente, puede figurar como término subjetivo de la relación jurídico-procesal y por lo tanto ocupar la posición de demandada, en cuanto masa o comunidad de interesados, en relación con el caudal hereditario, a la que, sin ser verdadera persona jurídica, se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria, según señaló la sentencia de 21 de junio de 1943 (RJ 1943\731), lo que conlleva la necesidad de la citación edictal de los desconocidos herederos, a no ser que la representación de aquélla haya sido otorgada al albacea por el testador (artículo 901 del CC) o exista administrador –STS de 9 de febrero de 1970 (RJ 1970\790) y 14 de mayo de 1971 (RJ 1971\2082)–, como acontece en los supuestos contemplados por los artículos 1020 y 1026 de dicho Cuerpo legal o se haya promovido juicio sucesorio (artículos 1008 y 1098 de la LEC)».

En tal caso, no sería necesario la interpelación a los desconocidos herederos, al existir un administrador que representaría a la herencia. Aceptada la herencia la representación del administrador se limitará a la administración del caudal, su custodia y conservación (artículo 798.II). El proceso deberá seguirse entonces con los herederos o comunidad hereditaria, sin que sea necesario entonces la prosecución del proceso con el administrador [STS de 12 de marzo de 1996 (RJ 2175)][59], produciéndose, entonces, un fenómeno de sucesión procesal, como señala Vegas Torres[60].

59. La referida sentencia señala: «b) Que el administrador de un "abintestato" represente los intereses de los herederos y la herencia, no le eleva a la categoría de parte, sino de simple representante a quien en modo alguno ha de afectar la decisión judicial como afecta a los litisconsortes pasivos necesarios. c) En el proceso están, según reconoce la propia recurrente al contestar la demanda, todos los titulares de los derechos hereditarios y sobre las cosas comunes y no se discute su respectivo porcentaje de participación en el todo, y estando todos y enfrentados, no se alcanza a conocer cuál será el papel en el proceso del administrador de la herencia, al amparo del artículo 1026 del Código Civil, ni el "abintestato" impide que los interesados litiguen entre sí en defensa de sus pretensiones».

60. Vegas Torres, Jaime: *Derecho Procesal Civil, Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 2000, p. 498, con De la Oliva Santos y Díez-Picazo Jiménez.

Una vez efectuada la partición, será de aplicación el artículo 1084 de CC, en cuyo caso: «los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubieran aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio. En uno u otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que, por disposición del testador o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda»[61].

Pues bien, en este supuesto, disuelta la comunidad hereditaria, una vez que los bienes han sido adjudicados a los herederos y, por consiguiente, forman parte de su patrimonio individual, la garantía de los acreedores de la herencia deriva de la responsabilidad solidaria de todos los herederos, lo que impide el juego de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario (artículo 12.2 LEC)[62]; todo ello sin perjuicio de las acciones de repetición interna entre coherederos (artículo 1085) y la posibilidad de llamarlos al proceso por mor del juego de la intervención provocada regulada en el artículo 14.2 de la LEC, a los efectos de evitar que la sentencia que pudiera dictarse sea una *res inter alios*, es decir que, en virtud del llamamiento judicial, el coheredero, no interpelado por el acreedor hereditario, no podrá en la acción regreso cuestionar el contenido de la sentencia dictada, es decir alegar las excepciones que hubiera podido oponer en el proceso en el que se instó su intervención, aunque sí cuestionar su falta de condición de coheredero obligado al abono de las deudas hereditarias (por ejemplo, en el caso de que la *litis denuntiatio* se hubiera efectuado al cónyuge viudo que, como vimos, no responde, como legitimario, de las deudas de la herencia).

Ahora bien, la STS de 1 de marzo de 1999 (RJ 2245) señala que dicho régimen de solidaridad no nace en el caso de que sea uno de los coherederos el acreedor del causante:

> «El principio de solidaridad respecto al pago de las deudas hereditarias solamente rige cuando el acreedor sea un tercero ajeno a la herencia (artículo 1084 del Código Civil), pero no cuando el acreedor del difunto (causante de la herencia) sea uno de los herederos, pues en este último caso, cada heredero sólo estará obligado a pagar la parte que proporcionalmente le corresponda, deducida la parte proporcional del propio heredero acreedor.»

B) Los acreedores particulares de los herederos

En relación con los acreedores de los herederos, éstos no podrán promover la división judicial de la herencia, ni oponerse a que la misma se lleve a efecto, sino únicamente «intervenir

61. La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón señala en su artículo 56 que 1. Hecha la partición, los acreedores hereditarios pueden exigir el pago de cualquiera de los herederos hasta el límite de su responsabilidad. 2. Igualmente, el coheredero acreedor de la herencia puede también reclamar de cualquiera de los otros el pago de su crédito, pero deducida su parte proporcional como tal heredero. 3. El demandado tiene derecho a hacer llamar a sus coherederos para que intervengan en el proceso, a menos que por disposición del causante o su fiduciario o a consecuencia de la partición hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda. Por su parte, el artículo 57 indica que «El coheredero que hubiese pagado más de lo que le corresponda por su participación en la herencia, puede reclamar la diferencia procediendo contra los demás coherederos y, si se ha practicado ya la partición, puede reclamar a cada uno su parte proporcional hasta el límite de su respectiva responsabilidad». En el Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, el artículo 61 dispone que «una vez hecha la partición, los herederos responden mancomunadamente en proporción a las respectivas cuotas en que fueron instituidos, si de común acuerdo no disponen otra cosa», y por su parte el artículo 62 señala que «El coheredero que hubiera pagado más de lo que le corresponda según su cuota podrá reclamar de los otros la parte proporcional de éstos, durante un período de cuatro años. El coheredero acreedor del difunto podrá reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida la parte que le corresponda como tal heredero». En cuanto, a la Ley 1/1973, de 1 de marzo, de Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, su Ley 318 señala que: «El heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los blenes de la herencia exclusivamente; pero si se excediere en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir. Se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por gastos de última enfermedad, entierro y funerales».

62. En este sentido, la STS de 22 de marzo de 1990 (RJ 1719), que consideró legítima la condena de una coheredera al cumplimiento de una obligación de hacer asumida por su causante sin necesidad de interpelación de los otros coherederos.

a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos» (artículo 782.5), en el mismo sentido el artículo 1083 del CC[63]. Manresa explica cuál es la razón de ser de dicha garantía, cuando indica que «Los acreedores particulares de los herederos pueden sufrir perjuicios en la partición por varios conceptos. Bien porque al heredero deudor se le adjudiquen en la partición bienes cuyo valor sea inferior al importe de su cuota, bien porque se le obligue a ese heredero a una colación o imputación improcedente de donaciones, o no se exija a otros una colación debida, bien porque se le asigne en pago metálico solamente u objetos muebles de fácil ocultación y pérdida, o bien porque las cosas respecto a las cuales enajenó o gravó su partición, se hagan recaer sin necesidad en el lote de un heredero distinto a ese deudor»[64].

Los derechos que se les confieren a dichos acreedores, según la STS de 13 de octubre de 1911, es de simple intervención en las particiones judiciales y extrajudiciales para que, teniendo perfecto conocimiento de cómo se practican, eviten confabulaciones en perjuicio de sus intereses, pero sin que puedan oponerse a que se lleve a la práctica la partición, aunque siempre les queda a salvo su derecho para pedir la retención o embargo de los bienes que resulten a favor de su deudor, ejercitar a nombre del mismo la acción de rescisión, solicitar que se adicione la partición con alguno de los bienes o valores omitidos e impugnar los demás actos que se hayan ejercitado en fraude suyo.

Los acreedores particulares del heredero, cuando éste haya repudiado la herencia en perjuicio de aquéllos, como resulta de lo normado en el artículo 1001 del CC pueden ser autorizados por el Juez para aceptar la herencia en nombre del heredero, por lo que, como entiende la doctrina, en lógica consecuencia con tal derecho, podrán pedir la partición a los efectos limitados de obtener el pago del importe de sus créditos.

C) Ejercicio de la acción por vía declarativa por parte de los acreedores ya lo sean de la herencia o de los herederos

Se refiere a ella el artículo 782.3 cuando señala que «los acreedores no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia».

Este precepto supone una excepción al régimen de acumulación de procesos singulares en el que se ejercitan acciones relativas al caudal hereditario con respecto al proceso sucesorio universal al que se halla sujeto dicho caudal (artículo 98.1.2 de la LEC), al señalar aquel precepto que los acreedores ejercitarán sus acciones en juicio declarativo, «sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia», es decir, sin que, por lo tanto, proceda dicha acumulación.

No vemos inconveniente en que dichas acciones, de ser procedentes, se ejerciten por otra vía procesal, como por ejemplo, por los cauces del juicio monitorio o por la vía ejecutiva (artículo 517).

63. De igual forma se expresa la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón, que, en su artículo 55.2, señala que «Los acreedores de uno o más de los partícipes pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos».

64. Manresa: *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, 6.ª ed., p. 790.

D) El concurso de la herencia

Conforme al artículo 1.2 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, el concurso de la herencia podrá ser declarado en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. Estarán legitimados para promoverlo los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario (artículo 3.4 de la LC). En caso de declararse el concurso corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación (artículo 40.5 de la LC).

Si durante la tramitación del concurso se produce el fallecimiento del concursado continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto. La representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos. La herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso (artículo 182 de la LC).

V.3. Legitimación pasiva

La legitimación pasiva corresponderá a las personas a las que se refiere el artículo 783.2, es decir, a los coherederos, legatarios de parte alícuota y cónyuge sobreviviente.

V.4. Jurisdicción y competencia

En relación con la jurisdicción, el artículo 22.3 de la LOPJ señala que tendrán jurisdicción los tribunales españoles, en el orden civil, «en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España».

Con relación a la jurisdicción militar, el artículo 9.2 de la LOPJ señala que en el orden civil, «corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaría y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieren en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la Autoridad judicial civil competente». Comoquiera que han sido derogados los juicios de testamentaría y abintestado, la remisión que contiene dicho precepto ha de considerarse referida a las actuaciones de intervención del caudal hereditario, y más concretamente a las señaladas en el artículo 790.1.

La competencia objetiva corresponde al Juez de Primera Instancia (artículos 85 LOPJ y 45 LEC). Al tratarse de un procedimiento especial está excluida la competencia del Juez de Paz, por otra parte, pensar que el importe del caudal relicto no supere los 90 euros parece realmente imposible (artículo 47).

La competencia territorial se regula por lo dispuesto en el artículo 52.1.4 de la LEC, que establece que «En los juicios sobre cuestiones hereditarias, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante».

Es un fuero imperativo, por lo que el control de la competencia territorial debe efectuarse de oficio por parte del órgano jurisdiccional, sin que quepa, pues, el juego de la sumisión expresa o tácita (artículos 54 y 58 de la LEC). Dicho control se efectuará nada más presentada la solicitud, previa audiencia del Ministerio Fiscal y partes personadas, y si el Juzgado entendiere que carece de competencia territorial para conocer del asunto, lo declarará así mediante auto, remitiendo las actuaciones al tribunal que considere territorialmente competente. En este caso cuando sea de aplicación el fuero electivo del artículo 52.1.4.º, el tribunal estará a lo que manifieste el demandante, tras el requerimiento que se le dirija a tales efectos (artículo 58.II).

V.5. Capacidad procesal

El promovente del procedimiento habrá de gozar de la correspondiente capacidad para comparecer en juicio, para lo cual habrá de hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, o en su caso comparecer a través de representante legal (artículo 7 LEC, en relación con los artículos 154.2, 156, 162, 163, 184, 267 del CC).

Por su parte, el artículo 1052 del CC señala que «todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos».

En el caso de que existiese colisión de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales será preciso la designación de defensor judicial (artículos 163 y 299.1 CC). El defensor es un cargo de designación judicial circunscrito a un determinado asunto, con las concretas atribuciones que le hayan sido conferidas por el Juez al designarlo, no es, como señala la STS de 10 de marzo de 1994 (RJ 1731) «un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido». Su actuación viene presidida por la idea de transitoriedad [STS de 12 de junio de 1985 (RJ 3109)].

Como supuestos estudiados por la jurisprudencia, en los que se apreció existente dicha colisión de intereses, podemos citar casos tales como cuando el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (STS de 12 de octubre de 1895); si se trata de la división de la herencia en la que la madre e hijo son coherederos (SSTS de 21 de enero de 1927 y 25 de enero de 1928); o si el padre es heredero y el hijo legitimario (STS de 5 de noviembre de 1956); o cuando el padre es heredero y los hijos menores legatarios [STS de 6 de noviembre de 1934 (RJ 1781)].

La STS de 28 de mayo de 1974 (RJ 2107), decretó la nulidad de la pretendida partición de bienes, al faltar el consentimiento de una de las partes, el actor, que entonces tenía siete años y carecía de representante legal suficiente para suplir su incapacidad jurídica frente a los intereses contrarios de su madre. Sin embargo no existe dicho conflicto cuando la madre renunció a favor de sus hijos, tanto a los gananciales, como a la cuota viudal usufructuaria que pudiera corresponderle en la herencia de su esposo (STS de 13 de julio de 1981, RJ 3076), siendo igualmente perfectamente válida la representación cuando el padre renunció a todos los derechos que le correspondían en la sucesión (STS de 23 de noviembre de 1910, CJ, T 119, núm. 86).

Para la inscripción de los bienes adjudicados es preciso, como se señala en la RDGRN de 13 de noviembre de 1998, que:

«... conforme prevén para su inscripción los artículos 9 y 21 de la LH y 51 del RH, que en ella se contenga una identificación completa de los beneficiarios, de modo que cuando uno de los herederos estuviese incapacitado, deberá especificarse debidamente esta circunstancia, así como la identidad del legal representante y, en su caso, del defensor judicial nombrado al efecto (se posibilita así no sólo la comprobación del cumplimiento de lo previsto en el artículo 1057.3 del CC, sino también, una efectiva defensa de los derechos del incapacitado ante esa partición realizada por tercero), exigencia que en el caso debatido, en el que del testamento de los causantes resulta que uno de los herederos está incurso en causa de incapacitación, impone bien la desvirtuación de esta circunstancia afirmando la plena capacidad del interesado, bien la expresión de los datos antes referidos».

Conforme al artículo 783.3 se convocará a Junta al Ministerio Fiscal para que represente a los interesados en la herencia que sean menores o incapacitados y no tengan representación legítima y a los ausentes cuyo paradero se ignore. La representación del Ministerio Fiscal cesará una vez que los menores o incapacitados estén habilitados de representante legal o defensor judicial y, respecto de los ausentes, cuando se presenten en el juicio o puedan ser citados personalmente, aunque vuelvan a ausentarse.

Este precepto se encuentra en concordancia con el artículo 8 de la LEC, cuando norma que, en los supuestos de que las personas físicas no se hallaren en el pleno goce de sus derechos civiles y carecieran de representante legal, el tribunal nombrará mediante providencia un defensor judicial, que asumirá la representación y defensa hasta que se designe a dicho representante, mientras tanto asumirá las mismas el Ministerio Fiscal. En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Público.

En definitiva, la representación del Ministerio Fiscal perdura mientras que a los menores e incapacitados no se les nombre representante legal o defensor judicial, y con relación a los ausentes, hasta que se presenten en el juicio o puedan ser citados personalmente, aunque vuelvan a ausentarse.

V.6. Postulación

Con respecto a la postulación procesal, es preceptiva la defensa por letrado y la representación por medio de procurador, pues el procedimiento que nos ocupa no se encuentra dentro de las excepciones a la intervención de dichos profesionales del derecho, como resulta de lo normado en los artículos 23 y 31 de la LEC. Ahora bien, como se indica en el apartado 2.2º del primero de los mentados preceptos, en los juicios universales, condición jurídica que tradicionalmente se atribuye a los procesos de división judicial de la herencia, podrán los litigantes comparecer por sí mismos «cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos o para concurrir a Juntas».

V.7. Procedimiento

A) Solicitud

La división judicial no se inicia a través de demanda, pues no estamos ante un procedimiento que, en su fase inicial, tenga naturaleza contenciosa, sino a través de la presentación de un simple escrito, al que la LEC denomina solicitud (artículos 782.2 y 783.2).

A la referida solicitud deberán de acompañarse los documentos a los que se refiere el artículo 782.2, que acreditan *prima facie* la legitimación para la promoción del procedimiento, cuales son la certificación de defunción de la persona de cuya sucesión se trata y el documento que acredite la condición de heredero o legatario del solicitante. Este último documento habrá de ser un testamento o la declaración de herederos abintestato, reflejada en acta de notoriedad levantada por notario (si los únicos herederos son descendientes, ascendientes o cónyuge, artículo 979 LEC de 1881) o por resolución judicial (para el resto de herederos abintestato, artículos 980 y ss. de la LEC de 1881). A los referidos efectos, la Disposición Derogatoria Única 1.2.ª de la LEC 1/2000, mantiene la vigencia de los artículos 977 y siguientes de la derogada LEC de 1881, relativos a la declaración de herederos abintestato, hasta la entrada en vigor de la anunciada Ley sobre la Jurisdicción Voluntaria[65].

La presentación de la solicitud de división judicial presupone tácitamente la aceptación de la herencia (artículo 999 del CC), en cuanto exterioriza la voluntad de disolución de la comunidad hereditaria y la vocación a la adjudicación de los bienes del haber partible[66].

Con la presentación del testamento habrá de adjuntarse el certificado del Registro de últimas Voluntades, para justificar que el aportado es el último otorgado por el causante. Sin embargo, al presentarse acta notarial o auto judicial de declaración de herederos abintestato, ya no es preciso acompañar los certificados de defunción y del referido registro, toda vez que dichos documentos ya debieron ser presentados y valorados para efectuar la mentada declaración.

Con la meritada solicitud se habrá de presentar igualmente el poder del procurador o designación *apud acta* ante el secretario judicial, al amparo de lo normado en los artículos 453.3 de la LOPJ y 24.1 LEC. Igualmente, en el caso de que el procedimiento sea instado por representante legítimo, el documento o documentos que demuestren dicha representación.

En la mentada solicitud se precisarán igualmente los nombres y apellidos, así como el domicilio de los coherederos, legatarios de parte alícuota y cónyuge sobreviviente a los efectos de su citación para la Junta a la que se refiere el artículo 783 para designar contador y peritos.

En la meritada solicitud el promovente no sólo podrá instar la liquidación y división del haber partible del causante de la herencia, sino también, de no haberse adoptado con carácter previo, la intervención y formación de inventario del caudal hereditario (artículo 783.1), dicha petición deberá acompañarse, si bien sea sucintamente, de una explicación de las razones por mor de las cuales se solicita la adopción de dichas medidas de garantía (posibilidad de sustracción u ocultación de bienes).

B) Resolución judicial de admisión a trámite del procedimiento y decisión, en su caso, sobre la intervención judicial

Presentada la mentada solicitud, la misma deberá de ser examinada por el Juez a los efectos de decidir sobre su admisión a trámite y, en su caso, sobre la intervención judicial o formación de inventario que haya sido solicitada.

65. Sobre la posibilidad de interferencias derivada de la tramitación conjunta de declaración de herederos por vía notarial y judicial, puede consultarse la interesante RDGRN de 8 de mayo de 1995.

66. Cosa distinta en la petición de liquidación y pago del impuesto de sucesiones, que el Tribunal Supremo no considera como acto concluyente de aceptación tácita [STS de 20 de enero de 1920 (RJ 448)]. Las SSTS de 23 de abril de 1928, 23 de mayo de 1955 (RJ 1707); 31 de diciembre de 1956 (RJ 120); 14 de marzo de 1978 (RJ 957), consideraron que la solicitud de la declaración de herederos abintestato, con otros actos de partición, suponían aceptación tácita.

Pues bien, a los mentados efectos, el Juez habrá de apreciar si concurren determinados requisitos procesales y de fondo. Así dentro de los primeros:

a*) Si el asunto ha sido repartido.* El artículo 68.2 de la LEC establece que «Los tribunales no permitirán que se curse ningún asunto sujeto a reparto si no constare en él la diligencia correspondiente». En caso de que no conste dicha diligencia, se anulará, a instancia de cualquiera de las partes, cualquier actuación que no consista en ordenar que el asunto pase a reparto.

b) *La falta de capacidad del promovente.* En este sentido, se expresa el artículo 9 de la LEC, al normar que «La falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso». Si la partición se promueve en nombre de menor o incapacitado se analizará la existencia de conflicto de intereses con su representante legal.

c) *La concurrencia de causas de abstención* (artículo 102 LEC).

d) *Examinará de oficio su jurisdicción* (artículo 37, 38, 65.2) *y competencia territorial*, en tanto en cuanto ésta viene fijada, como hemos visto, por reglas imperativas (artículos 58 y 65.5).

e) *El cumplimiento de los requisitos de postulación procesal* (artículos 23 y 31 de la LEC).

f) *La aportación por el solicitante de los documentos exigidos en el artículo 782.2* si bien en el caso de no acompañarse con la solicitud se dará un plazo para la subsanación de dicha omisión.

Como requisitos de fondo, el Juez deberá de examinar:

g) *La legitimación activa del promovente*, es decir, su condición de coheredero o legatario de parte alícuota (artículo 782.1), la mentada condición deberá constar en los documentos aportados con la solicitud, que pueden consistir no sólo en el testamento o declaración de herederos abintestato, sino en el documento en el que se instrumentalizó la cesión de los derechos hereditarios, o el acreditativo de la condición de heredero del coheredero del causante, remitiéndonos al respecto a lo que antes hemos expuesto al referirnos a la problemática relativa a la legitimación activa. De ser el acreedor quien promueve el procedimiento, el mismo no podrá admitirse a trámite por prohibirlo expresamente el artículo 782.3.

h) *El carácter subsidiario de la división judicial interesada*, es decir, que examinará el testamento aportado a los efectos de determinar que en él no conste la partición efectuada por el testador o que hubiera designado un contador partidor para llevarla a efecto, o que le constase el nombramiento de contador dativo (artículo 782.1).

La admisión del procedimiento será a través de auto, y en el caso de denegarse la misma, será susceptible de recurso de apelación (artículos 206.2.2.ª, 455.1).

En el caso de que con la petición inicial se haya solicitado la intervención o formación de inventario a tenor del artículo 783.1, el Juez deberá analizar si existen causas o motivos bastantes para acordarla, pues así resulta claramente de lo normado en el artículo 783.1, que condiciona la adopción de dichas medidas a que «así se hubiera pedido y resultare procedente». En definitiva, el Juez deberá de apreciar si existen motivos bastantes que así lo justifiquen, por consiguiente si la situación de indivisión se ha prolongado durante un significativo y dilatado período de tiempo, y no existen motivos racionales para poder temer la sustracción u ocultamiento de los bienes, o ello no es factible por la naturaleza de los mismos (bienes inmuebles inscritos a nombre del causante), es jurídicamente correcto

denegar la intervención postulada. La decisión y práctica de las mentadas actuaciones o su denegación, son previas a la convocatoria a la junta para designar contador y peritos (artículo 783.2).

Durante la sustanciación del procedimiento podrán pedir los herederos, de común acuerdo, que cese la intervención judicial. El tribunal así lo acordará, salvo cuando alguno de los interesados sea menor o incapacitado y no tenga repre sentación legal o cuando haya algún heredero ausente al que no haya podido citarse por ignorarse su paradero (artículo 796.2).

C) Convocatoria a Junta para designar contador y peritos

Con arreglo a lo normado en el artículo 783.2, practicadas las actuaciones anteriores o, si no fuera necesario, a la vista de la solicitud de división judicial de la herencia se mandará convocar a Junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente, señalando día dentro de los diez siguientes.

La citación de los interesados que estuvieren ya personados en las actuaciones se hará por medio del procurador. A los que no estuvieren personados se les citará personalmente, si su residencia fuere conocida. Si no lo fuere, se les llamará por edictos, conforme a lo dispuesto en el artículo 164.

La LEC señala qué concretas personas deberán de ser necesariamente citadas a la referida Junta, y nos indica la forma de hacerlo. Siempre deberán de ser citados, se encuentren o no personados en el procedimiento, los coherederos, legatarios de parte alícuota y el cónyuge sobreviviente, a diferencia de lo que sucede con los acreedores particulares de los herederos, que sólo serán convocados –ya hemos visto a qué concretos efectos– si estuvieren personados en el procedimiento, pues es clara la Ley cuando norma que «los que no estuvieren personados no serán citados», sin perjuicio de que puedan participar en la referida Junta «si concurren en el día señalado aportando los títulos justificativos de sus créditos» (artículo 783.5).

En relación con el cónyuge viudo no deberá ser citado cuando hubiera precedido a la partición un pronunciamiento judicial de divorcio o nulidad matrimonial al haber perdido tal condición jurídica. No obstante, en los casos de separación, por mor del artículo 834 del CC[67], que protege los derechos legitimarios del cónyuge viudo que lo estuviere por culpa del difunto, habrá de procederse a su citación[68].

67. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1976 (RJ 1995) señaló: «lo ahora cuestionado es el derecho de la misma a la sucesión de éste en concepto de heredera o como titular de la legítima vidual usufructuaria que le permita legalmente pedir la prevención del *ab intestato* en la forma conseguida; lo cual evidencia que se trata de un derecho de naturaleza distinta de los antes discutidos, con repercusión patrimonial igualmente diferente y con su propia normativa legal que está contenida en los artículos 952, 834 y 835 del CC, de acuerdo con la cual, su virtualidad está condicionada al hecho de que el cónyuge que lo alega "no esté separado por sentencia firme de separación personal" (artículo 952) o que "al morir no se hallare separado o lo estuviera por culpa del difunto" (artículo 834), exigencias que no concurren en quien ahora figura como recurrida, pues con independencia del derecho que pudiera tener a la liquidación de la sociedad legal de gananciales respecto del tiempo de vigencia del matrimonio –liquidación que no consta hasta el momento que haya sido practicada– es indudable que cuando fallece el que había sido su marido, en 1970, carecía de la condición de cónyuge a los fines sucesorios, puesto que había dejado de serlo en 1965 en que no es que se decretase la separación de que habla la ley, sino la plena disolución del matrimonio como rato y no consumado».

68. La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón señala en su artículo 216.1 que «El llamamiento al cónyuge sobreviviente no tendrá lugar si al fallecimiento del causante estuviera decretada judicialmente la separación, se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, o si estuviera separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente». En el Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, se dispone, en su artículo 334: «El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a suceder: 1. Si, al fallecer el causante, se halla en estado de separación por sentencia firme. 2. Si está separado de hecho con ruptura de la unidad familiar, por mutuo consentimiento expresado formalmente o por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio».

No era preciso que la LEC señalase que los interesados que estuvieran personados se les citará a través de sus procuradores (artículo 783.3), pues tal precepto es manifestación concreta de lo normado con carácter general en el artículo 28.1, según el cual mientras se halle vigente el poder, el procurador oirá y firmará «los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases», añadiendo dicho precepto que dichas actuaciones tendrán «la misma fuerza que si interviniere en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste», en el mismo sentido se expresa el artículo 153.

El Juzgado deberá garantizar que el procedimiento llegue a conocimiento de los coherederos, legatarios de parte alícuota y cónyuge viudo[69], para ello practicará las diligencias de localización a las que se refiere el artículo 156, y sólo cuando resulten infructuosas se procederá a la citación por medio de edictos (artículo 164), si bien la posibilidad en tal caso de que la citación llegue al conocimiento de los interesados se limita por la circunstancia de que la inserción en los periódicos oficiales o diario de difusión nacional o provincial sólo se hará a instancia de parte. Si bien a tales efectos se reputaría como tal el Ministerio Fiscal.

Como hemos visto, se convocará también al Ministerio Público para que represente a los interesados en la herencia que sean menores o incapacitados y no tengan representación legítima y a los ausentes cuyo paradero se ignore. La representación del Ministerio Fiscal cesará una vez que los menores o incapacitados estén habilitados de representante legal o defensor judicial y, respecto de los ausentes, cuando se presenten en el juicio o puedan ser citados personalmente, aunque vuelvan a ausentarse (artículo 783.4).

Es evidente que no es precisa la intervención del Ministerio Público cuando recibida la correspondiente citación, haciendo uso de sus derechos, el coheredero, legatario o cónyuge no se persona voluntariamente en el procedimiento, cosa distinta será el caso de que no se les haya podido localizar por ignorarse el paradero, y en este sentido habrá de interpretarse la expresión normativa «ausente».

Si los acreedores de la herencia se encuentran personados en el procedimiento, hayan o no ejercitado su derecho de oposición, entiendo que, por aplicación del mismo régimen que los acreedores particulares de los herederos, deberán de ser citados a la Junta, en cuanto titulares de un interés legítimo para conseguir la satisfacción de sus créditos.

69. Constituye reiterado pronunciamiento del Tribunal Constitucional el que declara que la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 de la Constitución, supone del estricto cumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales de los principios rectores del proceso, que constituyen un ajustado sistema de garantías, una de cuyas manifestaciones más importantes viene constituida por el principio de audiencia bilateral, que posibilita, a su vez, la observancia del principio de contradicción, es decir, el derecho de la parte a oponerse a la pretensión contra la misma ejercitada, articulando su derecho de defensa. De ahí la importancia que tienen en el proceso los actos de comunicación con las partes, fundamentalmente el primero de ellos, cual es la citación o emplazamiento para el juicio, en virtud del que se pone en conocimiento del demandado la existencia de una acción judicial contra su persona, en tanto en cuanto constituye necesario e imprescindible instrumento que facilita la defensa de los derechos e intereses cuestionados (SSTC 101/1986, de 15 de julio; 36/1987, de 25 de marzo; 706/1987, de 28 de febrero de 1989), de tal manera que su falta o deficiente realización coloca al interesado en una situación de indefensión. Por todo ello, el emplazamiento o citación han de ser realizados por el órgano jurisdiccional con suma cautela, dado que no constituye un mero formalismo, sino un acto de trascendencia tal que posibilita el ejercicio del derecho de defensa, y una carga que corresponde llevarla a cabo por el juzgado o tribunal que conociese de la *litis*. Es necesario, en definitiva, que el órgano jurisdiccional, con la imprescindible y obligada colaboración de las partes, asegure en la medida de lo posible su efectividad real, habida cuenta que, como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1984, el artículo 24.1 de la Constitución contiene un mandato implícito al legislador y al intérprete dirigido a promover el derecho de defensa mediante la correspondiente contradicción.

A) Características y finalidades de la Junta

Las características de la referida Junta las podemos sistematizar de la forma siguiente:

a) A*cto procesal no jurisdiccional*, pues en el mismo no tiene intervención el Juez, sino que es presidido por el Secretario Judicial (artículo 784.1).

b) *Acto preparatorio de la partición*, en cuanto su finalidad radica en la designación de contador y peritos, elementos personales imprescindibles para que la misma se lleve a efecto. El nombramiento de administrador pertenece a las actuaciones relativas a la intervención del caudal hereditario (artículo 795, y el régimen legal al que debe sujetarse es el previsto en los artículos 797 a 805).

c) *No exigibilidad de un quórum especial de concurrencia* para la válida constitución de la Junta, el día y hora señalado, pues, como establece el artículo 784.2, «se celebrará, con los que concurran».

d) *Vigencia del principio del consenso*, lo que excluye la estructura contenciosa de las actuaciones a practicar. Su razón de ser radica en que «los interesados deberán ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal, así como sobre el nombramiento del perito o peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes» (artículo 784.2). La falta de acuerdo no motiva una resolución judicial decidiendo la controversia que se imponga a las partes sino que la disidencia se resuelve mediante la celebración de un sorteo.

e) *Instauración del principio de economía procesal*, pues únicamente se designará «un perito para cada clase de bienes que hayan de ser justipreciados» (artículo 784.2) y un solo contador partidor, a diferencia del régimen plural de la legislación derogada, pues como señalaba el artículo 1070 de la LEC de 1881, si los interesados no se pusieran de acuerdo en la designación de uno o más contadores, ya que consensualmente podían incluso designar más de uno, «cada parte o grupo de partes, que tengan idéntico interés en la testamentaría, designarán un contador, y se intentará el acuerdo de todos para elegir un contador dirimente que habrá de ser Letrado». Con la nueva regulación normativa se simplifica el procedimiento, al evitarse la posibilidad de dictámenes y proyectos de partición contradictorios, obviando la necesidad del nombramiento del contador dirimente; por lo tanto ya no existen los proyectos de partición presentados por los contadores de las partes, sino unas únicas operaciones divisorias elaboradas y presentadas por un único contador.

f) *Principio de unanimidad*, de forma tal que los nombramientos para tales cargos no se hacen por el régimen de mayoría, ya sea ésta de personas o de cuotas en la herencia, sino que se exige el acuerdo entre todas las partes. Así resulta de lo normado en el artículo 785.3, al señalar que «si de la Junta resultare falta de acuerdo para el nombramiento de contador, se designará uno por sorteo, conforme a lo dispuesto en el artículo 341». Es obvio que el acuerdo exige el concierto de voluntades entre todos los presentes, sin que exista consenso si hay discrepancias entre los interesados. Si la LEC hubiera querido la adopción del acuerdo por simple mayoría así lo hubiera hecho constar. Es más, parece lógico que se exija la unanimidad, dada la naturaleza de cargo de confianza del contador. Ahora bien, el acuerdo ha de adoptarse únicamente entre los presentes en la Junta, sin que participen en el mismo quienes habiendo sido citados no hubieran voluntariamente comparecido.

g) *Relativa vigencia del principio de especialización del contador*. Pues él mismo únicamente habrá de ser abogado en ejercicio, cuando sea designado por sorteo, sin que exista

impedimento legal para que las partes, de común acuerdo, por gozar de la confianza de todos los presentes, nombren como contador a persona que no sea profesional del Derecho. Así claramente resulta de lo dispuesto en el artículo 784.3, según el cual si de la Junta resultare falta de acuerdo para el nombramiento de contador, es entonces y sólo entonces, cuando se «designará uno por sorteo, conforme a lo dispuesto en el artículo 341, de entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos en la materia y con despacho profesional en el lugar del juicio». Esta última exigencia es lógica a los efectos de facilitar el ejercicio del cargo y disminuir los gastos de la partición.

B) Designación de peritos

Por último, señalar que el número 2 del artículo 784 norma que «los interesados se pondrán de acuerdo para la designación de peritos, y el número 4 de dicho precepto indica que si no hubiera acuerdo sobre los peritos, se designarán por igual procedimiento (sorteo de la forma consignada en el artículo 341) los que el contador o contadores estimen necesarios para practicar los avalúos»; de lo que parece deducirse, de una interpretación literal de tan confuso precepto, que si existe acuerdo entre los interesados para la designación de peritos, éstos serán los nombrados y los que deberá utilizar el contador para el avalúo de los bienes de la masa hereditaria. Ahora bien, dada la dicción legal del artículo 784.4, la falta de acuerdo determinará la celebración de un sorteo, con citación de las partes personadas y presidido por el secretario judicial, tras la aceptación de su cargo por parte del contador –el referido precepto impropiamente habla de contador o contadores, cuando necesariamente ha de ser uno solo– a los efectos de que éste especifique los que estime necesarios, es decir, los que considere precisos, en atención a su cualificación y naturaleza de los bienes que hayan de ser valorados, pero siempre bajo el condicionante legal de que «nunca más de uno por cada clase de bienes que deban ser tasados».

En este supuesto es finalidad de la norma que prevalezca la decisión del contador concerniente a la necesidad de perito, toda vez que será aquél quien ya no sólo se encuentre en mejor posición para valorar tal circunstancia, sino que habrá de dotársele de los medios precisos para el cumplimiento de su función, sin que ello signifique, claro está, que pueda el contador prescindir de los peritos designados previamente por las partes en virtud de los acuerdos alcanzados en Junta, pues lo que la LEC no confiere a aquél es un derecho de veto al respecto.

Las condiciones de los peritos serán las previstas en el artículo 340, es decir, deberán poseer título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratara de materias que no están comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias. La designación se hará a través de las listas previstas en el artículo 341, de la forma reseñada en dicho precepto.

C) Recusación

Será aplicable al contador designado por sorteo lo dispuesto para la recusación de los peritos, con lo que existe una remisión a lo normado en los artículos 124 y siguientes de la LEC y 219 de la LOPJ, en cuanto sean aplicables. Aunque la LEC nada dice al respecto los peritos podrán igualmente ser recusados por dichas causas.

D) Carácter retribuido del cargo de contador y perito

Tampoco ofrece duda que la labor de peritos y contador es retribuida, e incluida como gastos de la partición, los cuales se deducirán de la herencia (artículo 1064). Es pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo que «en el juicio de testamentaría, como en todos los demás, ha de regir el principio de que las costas que se causan por los litigantes han de satisfacerse por ellos, y sólo las originadas en interés común se abonarán por la herencia» (STS 13 de enero de 1911), y siendo la actuación de los contadores partidores nombrados dentro del marco de la testamentaría un gasto realizado en beneficio de la comunidad ha de ser sufragado por el conjunto de coherederos (STS de 26 de abril de 1911).

A los mentados gastos se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1957 (RJ 1988), sentando la doctrina siguiente:

> «Que, en el juicio de testamentaría, determinar el importe del caudal relicto y su distribución entre los interesados mediante el oportuno cuaderno particional, causa gastos de muy distinta índole, unas veces producidos en beneficio de la totalidad de los coherederos y otras en interés particular de quien o quienes los originaron, diferenciación que da lugar a que los realizados en provecho común deban ser satisfechos por la masa hereditaria, deduciéndolos de la misma, mientras los efectuados privativamente en interés de algún heredero corresponde abonarlos a la persona que los interesó y, al efecto, es frecuente que aquellos gastos se deduzcan como baja del activo de la herencia, asignando un lote especial a este objeto; pero ante la imposibilidad de calcular exactamente su importe, después de la liquidación definitiva, si en la cantidad fijada existiera exceso, la diferencia beneficiará a los interesados que se la repartirán a prorrateo con el caudal que les corresponda percibir, y si, por el contrario, resultara insuficiente, satisfarán la diferencia en proporción a su haber hereditario.»

La jurisprudencia ha declarado la obligación del cónyuge viudo de contribuir a satisfacer los gastos de la partición[70].

E) Participación de los acreedores

Por último, indicar que los acreedores podrán hallarse presentes en la celebración de la Junta, presentar sus títulos de crédito para su entrega al contador, formular su oposición a las operaciones particionales si lo son del causante, quedando bajo la fe del secretario la constancia de tal manifestación de voluntad, ahora bien no participarán en el acuerdo para proceder a la designación de contador y perito, ya que no ostentan la condición de partes, al no ser coherederos, legatarios de parte alícuota o cónyuge sobreviviente.

70. Véase en tal sentido la STS de 30 de enero de 1960 (RJ 452), que dispone: « ... la viuda, como cónyuge superviviente, es una heredera más, copartícipe de la herencia o interesada en la sucesión del causante, cualidad que le ha servido primero para promover el juicio de testamentaría, más tarde, para sostener unos derechos en el mismo, y últimamente, para llegar a la impugnación del cuaderno de partición, practicado para dirimir la discordia suscitada con los que anteriormente lo formalizaron, cualidad hereditaria que ostenta y que le impone la obligación señalada en el artículo 1064, de contribuir proporcionalmente al haber que se le adjudique en los gastos que origina, dado que en el citado precepto legal no se establece distinción para los que están interesados en ella, y al estar dicho acuerdo conforme con la doctrina proclamada por esta Sala, en sus Sentencias de 13 de enero y 26 de abril de 1911, 28 de marzo de 1924, 9 de junio de 1949 (RJ 1949\730) y 11 de enero de 1950 (RJ 1950\21), debido a que el cónyuge viudo no puede ser calificado de condición superior a los demás herederos, sin que la contenida en las mencionadas de adverso, 26 de octubre de 1904, 25 de enero de 1911 y 10 de igual mes de 1920, expresen criterio opuesto, al limitarse a indicar que a la viuda no es dable atribuir el carácter de heredera 'al efecto de ser demandada por razón de deudas existentes contra la herencia'; fundamentos que sirven para desestimar el motivo primero del recurso, por cuanto los artículos 661, 818, 837 y 1064 del Código Civil, que se denuncia que han sido inaplicados, fueron debidamente tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora».

D) Entrega de la documentación al contador y peritos, aceptación del cargo

Deberá ponerse en conocimiento del contador y perito su designación a los efectos de aceptación del cargo. En el caso de ser designados a través de las listas a las que se refiere el artículo 341, la renuncia exigirá la concurrencia de una justa causa (artículo 342).

Los autos se entregarán al contador y se pondrán a disposición de éste y de los peritos cuantos objetos, documentos y papeles necesiten para practicar el inventario –cuando éste no se hubiere hecho como diligencia previa de intervención– el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario (artículo 785.1). El mentado precepto, al señalar que se pondrán a disposición de contador y peritos los bienes de la herencia, no implica que deban dejarse sin efecto los depósitos acordados como diligencias de intervención y que los mismos deban ser entregados a aquéllos, sino simplemente que se les dará libre acceso a ellos a los efectos de cumplir su cometido.

Una vez aceptado el cargo, el contador adquiere la obligación de proceder a la realización de las operaciones particionales. La sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1963 (RJ 5336) se refiere a la naturaleza jurídica de dicho cargo, en los términos siguientes:

> «aunque tiene un cierto aspecto de mandato, no puede confundirse en absoluto con aquella figura contractual desenvuelta en el campo del derecho privado, pues la naturaleza de orden público que caracteriza al proceso en el que se lleva a cabo la designación del contador, imprime carácter a la misma con la finalidad de interés general de poner fin a la indivisión del caudal hereditario a que el proceso conduce y dichos contadores una vez designados, obran con autonomía e independencia del criterio particular de las partes que contribuyeron a su designación, ejerciendo una función pública, no sujeta a otra norma que a las que tengan su origen en la Ley».

Para llevar a efecto su función, la LEC confiere al contador un plazo máximo de dos meses «desde que fueron iniciadas» (artículo 786.1), tal expresión normativa es desafortunada, al ser de difícil precisión determinar cuándo las mismas comienzan (¿desde que acepta el cargo, le entregan la documentación, le facilitan los herederos los datos precisos para llevarla a efecto, le aportan los peritos los dictámenes, pues no olvidemos que las mismas han de contener el avalúo de los bienes etc.?), lo que planteará no pocos problemas.

El referido plazo, establecido en la LEC con carácter imperativo para la realización de las operaciones divisorias, pues se emplean como dicción normativa los términos «deberán presentarse», entra en aparente colisión con lo normado en el artículo 785.3, cuando dispone que, «a instancia de parte, podrá el tribunal mediante providencia fijar al contador un plazo para que presente las operaciones divisorias, y si no lo verificare, será responsable de los daños y perjuicios»; precepto que podrá interpretarse en el sentido de que, en atención a la poca importancia del caudal hereditario o a las escasas dificultades que ofrezcan las operaciones divisorias, el Juez podrá señalar un plazo inferior, cuando así se hubiere solicitado por parte legítima, en cualquier caso la mínima prudencia aconseja oír previamente al respecto al contador. O incluso se podría admitir que el artículo 785.3 encuentra su juego normativo en los concretos casos en los que, transcurrido el plazo legal, el contador no ha presentado las operaciones divisorias, en cuyo supuesto el Juez, a instancia de parte y previa audiencia del contador, que le expresará las razones que demoran la ejecución de su encomienda, le señale plazo para concluirlas con la consecuencia de verse inmerso, en otro supuesto, en la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios causados.

Las consecuencias de la infracción del plazo legal no es la nulidad de pleno derecho de las operaciones particionales, pues no hubo violación de un trámite esencial del procedimiento generador de indefensión (artículo 238.3 de la LOPJ). Del mismo modo que una sentencia fuera de plazo no es por tal circunstancia nula, sin perjuicio de las correcciones disciplinarias y de la exigencia de las otras responsabilidades que procedan (artículo 132)[71], tampoco lo son las operaciones divisorias presentadas fuera del término legal, sin perjuicio del derecho de los interesados para obligarle al contador a que cumpla el encargo (artículo 785.2), solicitando al respecto la práctica de requerimientos judiciales, y de los daños y perjuicios que le puedan ser reclamados por incumplimiento de sus obligaciones (artículo 785.3), constituyendo elemento de constancia y valoración de dicho incumplimiento la desatención a los requerimientos practicados[72]. Tampoco operaría la preclusión, pues la misma sólo afecta a las partes, y el contador no merece dicha consideración jurídica (artículo 136).

Ahora bien, transcurrido el plazo legal, o el fijado judicialmente, podría a instancia de parte removerse al contador por incumplimiento de sus funciones, previa audiencia del mismo, mediante resolución judicial, en cuyo caso habría que convocar a una nueva junta para que las partes designen otro contador o se realice el correspondiente sorteo a tal efecto.

E) Práctica de las operaciones divisorias

A) Derecho sustantivo por el que se rigen

La realización de las operaciones divisorias corresponde al contador. En el proyecto remitido por el Gobierno se señalaba que las mismas deberían practicarse «conforme a lo dispuesto en el Código Civil», con lo que se desconocía la pervivencia del régimen jurídico establecido en el referido texto legal con el sucesorio del derecho civil propio de las comunidades autónomas, máxime cuando es precisamente en materia hereditaria donde existen mayores particularidades; es por ello, como no podía ser de otra forma, que fueron aceptadas las enmiendas 684 del Grupo Socialista, 841 del Grupo Mixto, 1036 del Grupo Vasco y 1397 del Catalán, quedando el texto definitivo de la Ley, conforme resulta de su artículo 786.1, con la redacción siguiente: «El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante». Esta Ley no será siempre el CC, sino que vendrá determinada por la vecindad civil del *de cuius*, pues como señala el artículo 14.1 de dicho texto legal la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil[73] y, por su parte, el artículo 9.8 de dicho texto legal prescribe que «la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se

71. El artículo 242 de la LOPJ señala que las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiera la naturaleza del término o plazo.

72. No es aplicable la doctrina referente al contador partidor testamentario o albacea, en el que la validez de la partición está condicionada a la observancia del plazo señalado, fuera del cual la misma es ineficaz por extinción del mandato, así resulta de la STS de 2 de abril de 1996 (RJ 2985), que señala: «La doctrina de esta Sala ha sido reiterada y concorde en admitir que la facultad de hacer la partición que el testador puede encomendar a un tercero (artículo 1057) o al albacea, integrando entonces una de las facultades de su cargo (artículo 901), se extiende a practicar con el cónyuge viudo las operaciones de liquidación y división de la sociedad de gananciales, que son necesarias y previas a la liquidación y división de la herencia del testador. Si el cónyuge viudo no colabora con el contador-partidor y éste por lo tanto no cumple su encargo dentro del plazo legal, no hay duda de que, acabado éste, se extingue el cargo, por finalización del plazo o por imposibilidad de cumplir su encargo (artículo 910)».

73. El artículo 5.1 de la LDCG establece que «la sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común».

encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes».

Es competencia exclusiva del Estado (artículo 149.18 de la CE) la de dictar «normas para resolver los conflictos de leyes», señalando al respecto la STC 156/1993 que la regulación, alteración o modificación del régimen de la vecindad civil es un aspecto que entra dentro de la exclusiva competencia del Estado por la vía de las normas para resolver los conflictos de leyes[74].

B) Pautas relativas al ejercicio de su función por parte del contador

Con respecto al ejercicio de sus funciones son pautas relativas a la actuación del contador las siguientes:

a) Habrá de actuar con respeto a la voluntad del causante expresada en el testamento, en tanto en cuanto la misma es la ley suprema de la sucesión, por consiguiente, podrá declararse nula la partición que contradiga dicha voluntad [SSTS de 5 de mayo de 1962 (RJ 2192) 27 de mayo de 1968 (RJ 2923), 18 de mayo de 1983 (RJ 2846), 2 de diciembre de 1991 (RJ 8899), entre otras]. En este sentido, el artículo 786.1 proclama que el contador se atendrá a las reglas que el testador hubiere establecido para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, con el único límite de que «no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos».

b) La sujeción a la voluntad del testador, no significa que el contador carezca de facultades interpretativas del testamento, sino que precisamente para llevar a efecto la partición encomendada habrá de realizar tan imprescindible labor hermenéutica. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su Sentencia de 31 de marzo de 1970 (RJ 1854), que dentro de las facultades del contador «está incluida la interpretativa de las cláusulas testamentarias, de la que siempre está investido», y en el mismo sentido la RDGRN de 19 de septiembre de 2002 que, con cita de la de 24 de marzo de 2001, señala que «entre las facultades de los albaceas y contadores-partidores ha de incluirse la de interpretar el testamento como presupuesto del desempeño de las funciones que le corresponden, y tal interpretación tan sólo podrá rechazarse en sede registral si resulta que claramente ha prescindido de las pautas que impone el artículo 676 del Código Civil, al margen de la impugnación judicial de que en cualquier caso puede ser objeto».

En esta función interpretativa es doctrina jurisprudencial unánime –SSTS de 5 de marzo de 1944 (RJ 1944\303), 3 de febrero de 1961 (RJ 1961\311), 25 de mayo de 1971 (RJ 1971\2951), 26 de noviembre de 1974 (RJ 1974\4490), 30 de abril de 1981 (RJ 1981\1786), 8 de junio de 1982 (RJ 1982\3408), 9 de marzo de 1984 (RJ 1984\1206), 9 de junio de 1987 (RJ 1987/4049), 18 de marzo de 1991 (RJ 1991/2264), y 23 de enero de 2001 (RJ 2001/997)– que ha de concederse notoria supremacía a la voluntad real del testador (artículo 675 del CC).

74. Puede verse sobre la cuestión, Álvarez González, Santiago: «¿Derecho interregional civil en dos escalones?» en *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Tomo II, pp. 1787 y ss.

c) Incluso se ha llegado a reconocer, por ejemplo, en Sentencia de 24 de febrero de 1968 (Ref. Der. 1968/149), que cita la de 11 de febrero de 1952, que el contador se haya asistido de la facultad de subsanar o corregir ciertos defectos u omisiones del testamento, señalando dicha resolución:

> «... se limitaron los susodichos contadores-partidores a subsanar o corregir los defectos o transgresiones de la voluntad testamentaria que tenían ciertamente la obligación de respetar, pero como ya dijo esta Sala en la Sentencia de 11 de febrero de 1952, nunca de un modo ciego y automático, sino ajustándose siempre a lo dispuesto en la Ley y subsanando en este sentido los defectos u omisiones de aquélla»[75].

Ahora bien, como establece la RDGRN de 1 de diciembre de 1984 (RJ 6511), si bien el contador-partidor tiene la obligación de interpretar la voluntad testamentaria sin embargo no la tiene para declarar por sí su nulidad o ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de Justicia a solicitud de los herederos que procedan a su impugnación.

No obstante, como resulta de lo normado en el artículo 786.1, se estará a las reglas que sobre la partición contenga el testamento, señalando la Ley que el contador «se atendrá a lo que resulte de ellas»[76], pero añade, a continuación, «siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos», por lo que podrían efectuarse correcciones de tal clase a los efectos de respetar el límite legal. Lo que carece de sentido es que el contador, ciegamente vinculado al contenido del testamento, practique conscientemente una partición al margen de la legalidad, bajo patente riesgo de nulidad; para ello no tendría sentido acudir a un procedimiento judicial de división hereditaria.

En este sentido, la STS de 18 de julio de 1988 (RJ 6388), tras declarar, como no podía ser de otra forma, que ha de estarse al contenido de la voluntad del testador, lo hace con las limitaciones de: «a) No perjudicar legítimas estrictas, y b) No disponer más que dentro del ámbito de su propio patrimonio».

Si de los títulos aportados resulta que existen bienes que no son del testador por haber dispuesto de ellos con posterioridad al otorgamiento del testamento, si dispuso como propios bienes que resulta no son suyos, si de forma manifiesta se lesionan las legítimas, no consideramos que en tal caso el contador quede vinculado a dichas disposiciones testamentarias, practicando una liquidación contraria a la legalidad sucesoria, sin perjuicio claro está de las posibilidades de impugnación que, al respecto, siempre podrán ejercitar las partes de la partición, de considerar ilegítima la actuación del contador.

75. En la mentada sentencia se señalaba también: «ni pudiendo tampoco estimarse que signifique apartamiento de la ley particular de la partición el hecho de que se excluyesen bienes de que el testador había dispuesto después del otorgamiento de su última voluntad, o se distribuyesen con la misma proporción ordenada, saldos de cuentas y valores mobiliarios de que el causante no había hecho atribución concreta o incluso se incluyesen como bienes gananciales del primer matrimonio, dos casas sitas en la ciudad de Cartagena –al margen por completo de su valor económico que no había mencionado dicho testador, pero que según resultó de la inscripción existente en el Registro de la Propiedad, fueron adquiridas a título oneroso vigente al primer matrimonio quedando por tanto incursas en la catalogación de ganancialidad del número primero del artículo 1401 del Código Civil...».

76. Al respecto, el artículo 53.1 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón señala que «El causante o su fiduciario pueden hacer la partición de la herencia o parte de ella, así como establecer normas vinculantes para su realización, en acto de última voluntad o de ejecución de la fiducia. También podrán hacerlo en acto entre vivos sin sujeción a forma determinada, salvo que se refieran a la herencia deferida por sucesión legal». Y, por su parte, el artículo 55.III del Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña norma que «Por disposición de última voluntad el causante podrá, si quiere, imponer normas vinculantes para la partición».

C) Estructura formal de las operaciones divisorias

En cuanto a la forma las operaciones divisorias habrán de contener, según señala el artículo 786.2:

1.º La relación de los bienes que formen el caudal partible.

2.º El avalúo de los comprendidos en esa relación.

3.º La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes.

Aunque la LEC no diga nada al respecto la partición va presidida por un encabezamiento, en el que constaría el nombre del contador que efectúa las operaciones divisorias y la sucesión de que se trate, así como unas bases o antecedentes concernientes a la defunción del causante, el título sucesorio (testamento, acta de notoriedad, declaración de herederos abintestato), expresión, en su caso, de las disposiciones testamentarias, normas seguidas sobre la formación de cupos, sobre los bienes colacionables, etc.

Las operaciones divisorias a las que se refiere la LEC son evidentemente lógicas, pues si trata de partir el patrimonio de una persona al que son llamados una pluralidad de sujetos en unas cuotas concretas, es necesario, en primer término, efectuar la relación de los bienes del causante para saber los que constituyen su patrimonio y fijar el valor de los mismos, a lo que responden el inventario y el avalúo. Posteriormente es igualmente preciso determinar el activo partible, deduciendo las deudas, cargas y gastos correspondientes (artículos 1064 y 1033 del CC), adicionando al activo los bienes colacionables para lo que se practica la liquidación, y, por último, la división de los bienes y la adjudicación de los mismos entre herederos.

Veamos estas operaciones.

F) Relación de bienes que formen parte del caudal relicto

Se trata, en definitiva, de la realización del inventario de los bienes del causante de la herencia como integrantes del patrimonio a partir entre sus herederos. Es lógico que antes de proceder a la materialización de la división se haga constancia de los bienes y derechos que deban ser distribuidos entre los herederos y legatarios llamados a la herencia. Dichos bienes habrán de ser debidamente descritos a los efectos de que no existan dudas sobre su individualización. Si se trata de inmuebles, la identificación se efectuará con sujeción a la legislación hipotecaria. El artículo 1066 de la derogada LEC establecía el orden por el cual se deberían relacionar los bienes del causante al llevar a efecto su inventario (1.º metálico, 2.º efectos públicos; 3.º alhajas; 4.º semovientes; 5.º frutos, 6.º muebles; 7.º inmuebles; 8.º derechos y acciones), aunque normalmente en la praxis se acuda a la diferenciación más sencilla entre bienes muebles e inmuebles.

Castán definía el inventario como la relación de bienes que constituyen la herencia, descritos o detallados de manera que queden suficientemente individualizados e identificados[77]. Ahora bien, deberá comprender no sólo el activo del causante sino también el pasivo del mismo.

77. Castán Tobeñas, José María: *Derecho civil español común y foral*, Tomo VI, Vol. I, 1978, p. 362.

No debe formar parte del inventario las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos, que se entregarán al que sobreviva sin computárselos en su haber, ahora bien no se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor (artículo 1321 CC).

Por el contrario, sí deben ser incluidos los frutos y rentas que cada comunero haya percibido de los bienes hereditarios conforme al artículo 1063 del CC, que dispone que «los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia» [78]. Y ello con independencia de lo normado en el artículo 451 del CC, según el cual el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, dado el carácter específico del precitado artículo 1063, que no distingue el concepto posesorio del heredero, y cuya regulación normativa ha de prevalecer sobre la general establecida en el mentado artículo 451, y sin que los herederos deban abonarse también las ganancias dejadas de percibir al no imponerlo aquél otro precepto de aplicación prioritaria, como hemos señalado, a las particiones hereditarias[79].

Igualmente habrán de figurar en el inventario los bienes cuya usucapión hubiera sido iniciada por el causante y que se consumara en el tiempo que media entre su muerte y la ejecución de las operaciones divisorias de la herencia (artículos 440 y 1933 del CC)[80]. Lacruz Berdejo excluye los casos en que el comunero haya poseído la cosa inequívocamente para sí y en exclusiva, afirmando no obstante que existe una presunción favorable de posesión a favor de la comunidad[81].

El artículo 785.1 señala que se pondrán a disposición del contador los autos, objetos, documentos y papeles que necesite para practicar el inventario, «cuando éste no hubiere sido hecho», toda vez que cabe la posibilidad de que la relación de bienes ya figure en el testamento del causante o se hubiere efectuado el inventario como diligencia de intervención (artículos 790.2.2.º, 792.1 y 2, 793, 794.4), lo cual no ha de significar, sin embargo, que si constara la existencia de nuevos bienes, además de los que figuran en el inventario ya practicado, que el contador no deba incluirlos en la relación que presente, pensemos en una usucapión que se consumara mientras tanto, o en una adquisición de bienes por el causante ulterior a la relación que figure en su testamento. Igualmente, me resisto a pensar que constatado que

78. Susceptibles de ser reclamados incluso antes de la partición como expresa la STS de 7 de julio de 1995 (RJ 5565), que señala: la Sentencia de este Tribunal de 21 mayo 1963 (RJ 1963\2745) que, en evitación de crear un acicate a los coherederos para apropiarse de la mayor cantidad de bienes de la herencia, declaró la exigibilidad del deber de abono recíproco de las rentas y frutos percibidos por los herederos, previsto en el artículo 1063 del Código, no sólo en el momento de formalizar la partición, sino antes.

79. En este sentido, la STS de 30 de octubre de 1976 (RJ 4424) señala que «al disponer el artículo 1063 del CC que los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno hubiere percibido de los bienes hereditarios y al desprenderse de los hechos que se declaran probados en la resolución que se impugna y de su misma parte dispositiva que las demandadas o el causante de una de ellas disfrutaron desde la extinción del usufructo de sus padres, de mayor porción de bienes de los que le correspondían, en virtud del testamento de 14 de junio de 1913, es evidente que dicho precepto debe entrar en juego en cuanto a los frutos y rentas percibidos a partir de ese momento hasta la práctica de las operaciones particionales, tal y como se solicita en el pedimento sexto del escrito de réplica, en el que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 548 de la Ley de Trámites y Sentencias de esta Sala de 19 noviembre 1894 se rectificó el correlativo de la demanda, sin que a ello obste lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 451 de la Ley Civil Sustantiva, por implicar el mismo una norma de carácter general, que debe ceder ante la específica del 1063, aplicable cualquiera que sea el título por el cual las demandadas disfrutaron de los bienes de la herencia, según Sentencia de 9 junio 1928, y sin que en forma alguna deba extenderse la devolución de tales frutos y rentas a los podidos percibir, por no hallarse incluidos en el artículo últimamente mencionado y ser principio general de Derecho, el que dice que *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tamit*, tanto más cuando en este caso, las demandadas poseyeron esos bienes de buena fe». Se reproduce tal doctrina en la STS de 30 de septiembre de 1994 (RJ 7144).

80. Carballo Fidalgo, Marta: *Las facultades del contador-partidor testamentario*, 1999, p. 308.

81. Lacruz Berdejo, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, Vol. 1.º, 1.ª parte, 1988, p. 192.

un bien relacionado por el testador como propio no le pertenecía deba ser incluido en la partición de sus bienes generando un patente motivo de impugnación de la misma[82].

Sancho Gargallo y Briones Jurado entienden que si se ha formalizado el inventario en la intervención judicial, el contador-partidor partirá de éste, limitándose a corroborar la existencia de los bienes, derechos y obligaciones, pues no tiene facultades para alterar dicho inventario, aunque sí para poner de manifiesto las irregularidades que a su juicio concurren en aquél[83]. Personalmente se me hace muy cuesta arriba sostener que, efectuado dicho inventario, en las mentadas diligencias, y constatada la realidad de otro bien perteneciente al causante, no pueda ser incluido por el contador o que los interesados por tal razón no puedan solicitar su adición al oponerse a las operaciones particionales, y que deban esperar para ello a la impugnación final de las mismas, pues el auto aprobatorio de las operaciones divisorias no produce eficacia de cosa juzgada (artículo 787.5, párrafo segundo). Otra cuestión distinta es que no cupiere, en este momento, discutir lo ya decidido en el procedimiento de intervención, incluso con resolución judicial dictada al respecto.

A pesar de que el artículo 785.1 habla de que se entregarán los documentos al contador para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, no significa que el contador en el documento escrito en el que consten las operaciones particionales quede dispensado de redactarlo, aunque lo sea mediante reproducción del ya realizado con antelación.

En las diligencias de intervención los interesados serán llamados a la formación del inventario (artículo 793.3), y se practicará previa citación de los mismos (artículo 794.1), como sucedía en el derogado juicio de testamentaría, en el cual igualmente se formaba con el concurso de las partes y eventualmente con los acreedores (artículo 1065 de la LEC de 1881), sin embargo en el procedimiento de división judicial de la herencia, tal operación se realizará exclusivamente por el contador, a través de la documentación que se le hubiere facilitado o pueda conseguir, comunicación con los herederos y antecedentes, en su caso, de las diligencias de intervención, sin que la LEC exija al respecto la citación de las partes y acreedores personados.

Esta ausencia de participación en la formación de inventario de las partes evita la promoción de los incidentes sobre inclusión y exclusión de bienes, tan frecuentes bajo el imperio de la legislación derogada, a los que ya el Tribunal Supremo pretendió poner fin, por el carácter dilatorio y no en pocas ocasiones abusivo de los mismos. Ello es así, dado que los herederos no tendrán conocimiento de la relación de bienes sino al tiempo de presentación de las operaciones divisorias por el contador –si el inventario se formuló como diligencia de intervención, la LEC ya prevé el incidente sobre inclusión y exclusión de bienes a tramitar por los cauces del juicio verbal, artículo 794.4– frente a las cuales sólo podrán, por la vía del artículo 787, formular su oposición que, conforme a lo dispuesto en dicho precepto, lo será con relación a las operaciones divisorias, entre las que ha de figurar la relación de bienes (artículos 787.1 y 786.2.1) y, en su caso, mediante la promoción del correspondiente juicio declarativo, pues la sentencia dictada en el juicio verbal de oposición no tiene eficacia de cosa juzgada (artículo 787.5.II).

82. Es requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del causante, sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia –SSTS de 20 de mayo de 1965 (RJ 1965\2602), 17 de mayo de 1974 (RJ 1974\2068), 5 de junio de 1985 (RJ 1985\3095), 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9301) entre otras–. En este sentido, la STS de 18 de julio de 1988 (RJ 6388), tras declarar, como no podía ser de otra forma, que en la partición ha de estarse al contenido de la voluntad del testador, lo hace con las limitaciones de: «a) No perjudicar legítimas estrictas, y b) No disponer más que dentro del ámbito de su propio patrimonio».

83. Sancho Gargallo y Briones Jurado: *op. cit. supra*, p. 61.

En efecto, durante la praxis de la partición en no pocas ocasiones surge la necesidad de resolver si determinados bienes pertenecen o no al haber partible del causante. La escasa rigurosidad en la formación del inventario, que imperaba durante la dilatada vigencia de la Ley derogada, en el que se recogía como integrante del mismo aquellos bienes cuya inclusión, sin acreditamiento ni aportación documental de clase alguna, interesaba cualquiera de las partes, propiciaba la promoción de incidentes de previo pronunciamiento a los únicos efectos de obtener una decisión judicial de exclusión o inclusión de los mismos (artículo 744 de la LEC de 1881).

Ahora bien, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley derogada, que normaba que las cuestiones incidentales de previo o especial pronunciamiento que no tuvieran en dicha Ley tramitación especial, se ventilarán por el procedimiento de los incidentes (artículos 748 y ss.), motivó que cuando mediante la promoción de una cuestión de tal clase se ejercitaba una auténtica acción reivindicatoria, instando una declaración de propiedad, con entrega de bienes concretos, o cuando se impugnaba, por ejemplo, una transmisión hereditaria por simulación, instando su nulidad y el reintegro de los bienes al caudal partible del causante, o se cuestionaba la validez y eficacia del testamento por insania mental del *de cuius* entre otras cuestiones similares, dichas pretensiones se tramitaban por los cauces del juicio declarativo que correspondía por razón de la cuantía, pues era ése el juicio indicado para la sustanciación de demandas de tal clase, consecuencia de ello era que la sentencia dictada alcanzaba el *status* de cosa juzgada material, suspendiendo hasta su resolución vinculante el curso de la testamentaría. No obstante lo cual, si lo que se interesaba era una simple y provisional decisión de inclusión o exclusión de bienes sin otras especificaciones, entonces el procedimiento que se seguía era el propio de los incidentes (artículos 748 y ss. LEC 1881), en tanto en cuanto para una petición de tal clase, a diferencia del ejercicio de las otras acciones, no tenía señalada la ley una tramitación especial (artículo 741). En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Territorial de A Coruña, Sala 2.ª, de 8 de febrero de 1952, que admitió un incidente de previo y especial pronunciamiento para la exclusión de bienes «como somero examen a efectos primarios y provisionales, sin efectos de cosa juzgada y sin entrar en materia propia del juicio declarativo».

Es más, incluso, como hemos señalado, el Tribunal Supremo pretendió poner coto a la promoción de los meritados incidentes, y en este sentido podemos citar la Sentencia de dicho Alto Tribunal de 5 de julio de 1994 (RJ 6428)[84], al considerar que las divergencias

84. La mentada sentencia señala: «C) Los criterios diversos de los distintos grupos exigen la designación de un contador dirimente que resolverá los puntos en que hubiere discrepancias (artículo 1082) y que pueden versar sobre el monto de bienes que forman el caudal partible (como sucedió en el caso de autos). Que esto es así se desprende del propio tenor del artículo 1077 de la Ley, según el cual las operaciones divisorias deberán presentarse por los contadores (plural de contadores, plural de operaciones) extendidas en papel común y suscritas por ellos. Caben, pues, tantos proyectos de partición como contadores, y cada uno de ellos suscribe su respectiva partición. D) Las divergencias pueden suscitarse y resolverse sin necesidad de plantear cuestiones procesales incidentales relativas a la inclusión o exclusión de bienes, puesto que según el artículo 1077 las particiones contendrán: 1.º relación de bienes que en concepto de cada uno "formen el caudal partible", y 2.º el "avalúo de todos los comprendidos en esa relación". En consecuencia, las relaciones de bienes pueden ser discrepantes y quedar como punto a decidir posteriormente por el dirimente, o pueden dar lugar a juicios declarativos cuando los titulares dominicales de los bienes los insten sin esperar a la decisión del dirimente, que efectivamente será siempre susceptible de impugnación (artículos 1088 y concordantes). E) La práctica judicial, más por la inercia de los antecedentes históricos que con base en la realidad legislativa vigente, y sin apoyo en los propósitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha tolerado los llamados incidentes de inclusión y exclusión de bienes, que han llegado incluso a esta Sala de casación dando lugar a decisiones sin plantearse nunca el problema de la legalidad de estas demandas, su cauce procesal y las consecuencias de la tramitación en el desarrollo normal de los juicios de testamentaría. Que existan sentencias de esta Sala dictadas en resolución de incidentes de exclusión de bienes no impide que se exponga el verdadero propósito del legislador de 1881 en materia de procesos sucesorios. F) La normativa anterior en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 no señalaba a las testamentarías y abintestatos una tramitación sujeta a reglas específicas, y la falta de ordenación legal provocó la inexistencia de criterios unitarios así como complicaciones económicas y retrasos que aconsejaron al legislador de 1855 intentar acabar con los abusos, tomar medidas rigurosas

que pueden suscitarse en un juicio de testamentaría deberán resolverse sin necesidad de plantear cuestiones procesales incidentales relativas a la inclusión o exclusión de bienes. Para ello se partió de lo normado en el artículo 1077 de la LEC (equivalente al 786.2 actual), cuando señala que las particiones contendrán: 1.º relación de bienes que en concepto de cada uno formen el caudal partible, y 2.º el avalúo de todos los comprendidos en esa relación, y que para dirimir las discrepancias existentes, al respecto, se nombra al contador dirimente, cuyo cuaderno es el que deberá ser objeto, en su caso, de oposición, pero sin que proceda, prescindiendo de su intervención, plantear directamente el incidente.

Este criterio Jurisprudencial de la no suspensión de la tramitación de los juicios voluntarios de testamentaría o abintestato cuando se cuestionaba por alguna de las partes (herederos) la inclusión o exclusión de bienes en el activo es seguido por las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias de 20 de marzo de 2000 (JUR 2000\139247), Las Palmas de 15 de diciembre de 1998, Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, en asunto relativo a discrepancias para la formación del activo y pasivo de la sociedad de gananciales, en Sentencia de fecha 18 de septiembre de 1999, Pontevedra de fecha 27 de mayo de 1998, Cantabria de 5 de mayo de 1998 (AC 1998\5767), Lugo de 19 de julio de 2001 (JUR 2001\270438), Baleares 27 de febrero de 2001 (AC 2002\50), Burgos de 19 de enero de 2001 (JUR 2001\82230), Zamora de 5 de febrero de 2003 (JUR 2003/ 76163), entre otras.

G) El avalúo de los comprendidos en esa relación

La designación de los peritos es precisamente para que intervengan en las operaciones divisorias procediendo a la determinación del precio de los bienes de la masa partible del causante, para efectuar las adjudicaciones correspondientes conforme a tal valor, toda vez que aquéllos cuentan con los conocimientos especializados para ello (artículo 335.1). Es

de tramitación y evitar las dilaciones que no sean absolutamente necesarias; así lo expresaba la Exposición de Motivos. La Ley de 1881 siguió con buen criterio la "poda de incidentes" y supresión de dilaciones inútiles, y a cumplir dicho propósito lleva la interpretación dada al artículo 1077, la cual permite afirmar que la Ley vigente no autoriza retrasos derivados de los incidentes de inclusión o exclusión de bienes en los inventarios. Basta para obtener esta conclusión con volver a recordar lo anteriormente dicho y tratar de responder a la pregunta sobre cuál es el número de incidentes que se pueden plantear, simultánea o sucesivamente, las instancias y casación que corresponde permitirles y si es compatible la enorme dilación de los procedimientos con la obtención de tutela judicial efectiva con ese cauce procesal. G) Incuestionablemente, cuando en un inventario se incluyan bienes que pertenecen a otro dueño o no se incluyen los que, perteneciendo al común, los posee un coheredero o un tercero, pueden los que se crean con derecho reivindicar o pedir mera declaración de dominio. En definitiva, hacer valer su derecho, y entonces será el juicio declarativo el que colateralmente y sin paralizar la testamentaría servirá para decidir la cuestión dando lugar en su día o a partición complementaria de bienes (artículo 1079 del Código Civil) o a la rectificación correspondiente a la exclusión de bienes. H) No fue éste el camino seguido por la testamentaría de la que procede este recurso, que fue iniciada en 1985, fue paralizada por la demanda incidental, hasta que recayó sentencia firme de la Audiencia de Burgos en 1988, tras la cual, sin acudir a casación, prosiguió hasta la partición del dirimente, que tuvo en cuenta la sentencia dictada. La sentencia que anuló lo dispuesto en la escritura respecto a la cesión de bienes y prestación de alimentos, produce cosa juzgada material y no cabe plantear cuestión sobre lo mismo (aspecto negativo de la cosa juzgada), y todos los procesos posteriores en que se involucren tales bienes han de respetar lo decidido por la sentencia (aspecto positivo), y esto es lo que hizo el contador dirimente, tener como cuestión resuelta que los bienes formaban parte del caudal partible. I) En conclusión, no deben favorecerse los incidentes paralizadores; el cauce adecuado para excluir bienes del juicio de testamentaría es el juicio declarativo correspondiente, y la decisión produce cosa juzgada entre las partes. Pero cosa juzgada también ha producido la sentencia dictada en proceso incidental, porque la fuerza decisoria no se pierde aunque, siguiendo la práctica forense, se sustanciara por la vía incidental, porque sabido es que bajo el nombre de incidentes está el juicio declarativo especial, que por ministerio de la Ley se ventila por el cauce de los artículos 741 y siguientes. Que incidentes propiamente dichos son los que cumplen los requisitos de los artículos 742, 744 y 745, pero que deben los jueces repeler de oficio los que no reúnan los requisitos legales para su calificación de cuestión relacionada con el asunto principal y que exijan una resolución independiente, previa o no. Y la sentencia que recaiga en dichos incidentes produce igualmente fuerza de cosa juzgada cuando no cabe contra ellos ningún recurso. Es por ello desacertada la cita de los artículos 741 y 745 a los efectos del recurso de casación, y también la cita de los artículos 1068 y 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo único que hacen es permitir la impugnación de las particiones cuando no se cumplan las reglas legales de la misma».

precisamente por mor de tal circunstancia que el contador, en principio, salvo que aprecie manifiesto error, que en todo caso deberá motivar, ha de partir de dichas tasaciones, incluso facilitando los datos jurídicos precisos para ello (como la fecha a considerar a los efectos de valorar los bienes: adquisición, muerte del causante, partición; si deberán llevarse a efecto conforme al precio del mercado o respetando el límite legal de venta en el caso de las viviendas de protección oficial; señalando a los peritos que ponderen la existencia de gravámenes sobre las fincas o que se vayan a imponer, artículo 567 del CC, o que tengan en cuenta que los bienes se hallan en arrendamiento, sometidos o no prórroga forzosa etc.)[85].

El aspecto más importante es el relativo al tiempo al que han de hacerse las valoraciones. Con relación al cual la jurisprudencia ha señalado que deberá ser el correspondiente al momento o tiempo de la partición o lo que es igual, como dice el artículo 1074 del CC, al tiempo en que las cosas fueron adjudicadas y no al tiempo de fallecer el causante [SSTS 16 de noviembre de 1955 (RJ 1956\207); 24 de noviembre de 1960 (RJ 1960\3761), 17 de enero de 1985 (RJ 1985\181) y 27 de octubre de 2000 (RJ 2000/8554)].

Con respecto a las donaciones colacionables, el artículo 1045 del CC, que optó por el sistema de imputación o deducción, contra los antecedentes del Derecho Romano y del antiguo Derecho de Castilla, que seguían el sistema de aportación, señala, en su redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo[86], «que no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios», por lo que no ofrece duda que será el momento de la tasación el que habrá de ser considerado para efectuar la correspondiente valoración por parte de los peritos [SSTS de 28 de abril de 1988 (RJ 3284) y 17 de marzo de 1989 (RJ 2161)].

El artículo 1045 de CC, en su párrafo segundo, señala que «el aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total causal o culpable, será de cargo y riesgo o beneficio del donatario en su caso». Dicho precepto ha de entenderse referente al régimen de los riesgos físicos no de las valoraciones, por lo cual se descarta que no deba ser considerado el incremento del valor de la finca donada por el transcurso del tiempo o por variar, por ejemplo, su naturaleza jurídica de rústica a urbana. Dicha problemática la decide en el sentido expuesto la STS de 17 de diciembre de 1992 (RJ 10696), cuando dispone:

> «Resulta bien clara en cuanto sólo prevé las circunstancias físicas posteriores, no ninguna otra y por tanto no incluye los incrementos económicos o de valor de cualquier tipo que puedan afectar a los bienes donados, como pueden ser los plusvalores derivados de procesos urbanísticos, recalificación de terrenos, creación de infraestructuras revalorizadoras, modificaciones sustanciales en el entorno o cese de actividades agrarias, residenciales o de simple recreo y su sustitución por otras, industriales o de cualquier tipo más rentable, en las que en todo caso el bien permanece con la misma identidad física. El legislador de 1981 no fue previsor, seguramente consciente de estas situaciones, por lo que el mandato de la norma, al resultar bien explícito, no precisa de in-

85. Carballo Fidalgo, Marta: *op. cit. supra*, pp. 310 y 311, hace referencia a los distintos criterios que se siguen por la doctrina, en ausencia de normas al respecto en el CC, sobre la forma de realización de la tasación, señalando que así se ha aconsejado atender a los conceptos y tipos de la liquidación del impuesto de sucesiones y transmisión de bienes, a fin de evitar que Hacienda rechace las valoraciones realizadas; al valor de mercado de los bienes atendiendo al estado actual del que se justiprecia, a la necesidad de atribuir a cada bien su valor real, sin especificar qué haya de entenderse por tal, o a la ponderación de diversos criterios de valoración, según sea la naturaleza del bien que se tasa; concluyendo, que cualquiera que sea el criterio adoptado el avalúo se sostendrá mientras exprese un criterio uniforme, tal y como exige la jurisprudencia, citando en apoyo de tal aseveración la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1966, que desestima la acción de nulidad de partición ejercitada, señalando que «no se ha acreditado que haya existido diferente criterio al valorar unos y otros bienes, ya que si todos han sido tasados por bajo de su valor, no existe perjuicio para ninguno de los herederos».

86. En su redacción precedente se señalaba que habría que considerar «el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiere hecho antes el justiprecio».

terpretación o de la necesidad de acudir al proceso analógico, para captar su contenido. En estos casos el citado párrafo segundo del artículo 1045 y todas estas circunstancias coyunturales, por no ser precisamente aumentos o deterioros físicos, han de correr a cargo y beneficio de la masa partible y, asimismo, cuando se produce la alteración del valor, como en el caso de autos, por consecuencia de una actuación administrativa y no de forma constatada por la propia actividad decisiva, exclusiva y determinante del recurrente. Lo anteriormente analizado se refuerza teniendo en cuenta que nuestro CC rechaza la colación *in natura*, salvo pacto entre los coherederos, a favor de la colación por imputación que consiste en adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado, conforme a lo ya expuesto y deferida a favor de los herederos legitimarios [Sentencia de 17 de marzo de 1989 (RJ 1989\2161)], produciéndose de esa forma un incremento en el activo a repartir, con la consecuencia de una "toma de menos" en el mismo por parte del donatario que colaciona, conforme al artículo 1047, lo que tiene su complemento con la procura de lograr una situación de equivalencia para los coherederos, en cuanto éstos, y de ser posible, han de percibir, integrando su cuota hereditaria-particional, bienes de la misma naturaleza, especie y calidad de los que fueron objeto de la donación, así se adecua la filosofía del Derecho Sucesorio en cuanto se ha de buscar la obtención de igualaciones cuantitativas y cualitativas, que el CC decreta en su precepto 1061.»

Otro problema que suele cuestionarse es el de la valoración de las viviendas de protección oficial, si lo han de ser de acuerdo a los precios legales tasados o con arreglo a valor de mercado, resolviendo dicha cuestión la STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 6199), con cita de la de 11 de julio de 1995 (RJ 5958), en el sentido de que el valor a tener en cuenta es el del mercado, menos el importe del costo de la descalificación al tiempo del avalúo[87].

H) La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes

A) La liquidación del caudal

Sánchez Román[88] señalaba que la liquidación es la operación aritmética mediante la cual, y a partir del importe de los bienes inventariados, y previa la declaración de las bajas comunes y especiales que de aquél deben hacerse, y el aumento del importe de los bienes colacionables, cuando los hubiere, se fija el líquido del caudal hereditario o el haber del difunto causante de una sucesión, divisible entre los partícipes de ella.

Castán[89] indica que como bajas comunes o generales ha de hacerse la liquidación de la sociedad conyugal, y como bajas especiales las deducidas de las deudas particulares del difunto, los gastos de última enfermedad y los de partición a los que se refiere el artículo 1064 del CC, cuando señala que «los gastos de partición hechos en interés común de todos los coherederos se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos serán de cargo del mismo».

87. La mentada sentencia señala: «En efecto, la vivienda de protección oficial tiene un valor en el mercado libre que no coincide con el valor legal. Pero para que entre legalmente en el mercado libre a sus precios, ha de descalificarse, lo que implica devolución de ayudas y subvenciones públicas, que son las que hacen posible esa discordancia entre los precios legales y los precios del mercado en beneficio de los que acceden a esta clase de viviendas. La Sentencia de esta Sala de 11 de julio de 1995 (RJ 1995\5958) declaró, aunque para la valoración de patrimonios conyugales a la hora de disolverse y liquidarse, pero aplicable por una razón de clara analogía a la del patrimonio hereditario, que era procedente la valoración a precios de mercado. Este criterio se mantiene en esta resolución, si bien se matiza en el sentido de que al valor en cuestión ha de restársele el importe a que asciendan los gastos que lleve consigo la descalificación de la protección oficial en la época de la valoración».

88. Sánchez Román: *Derecho Civil*, Tomo VI, Vol. 3.º, p. 1930.

89. Castán Tobeñas: *Derecho Civil español común y foral*, 1978, Tomo sexto, Vol. I, pp. 362 y 363.

Por su parte, Puig Brutau, siguiendo a Royo Martínez[90], considera que la determinación del activo neto, sólo se logra a través de una serie de liquidaciones: a) de la sociedad conyugal, que exige la deducción de los bienes privativos de cada consorte; b) la de la sociedad de gananciales, cuando la hubiere; c) liquidación o detracción, en su caso, por bienes reservables, ya que de la reserva pueden derivarse créditos o débitos entre reservista y reservatarios por bienes consumidos o enajenados o por mejoras hechas por el reservista, y d) finalmente, ya concretado el caudal relicto en lo que son propiamente bienes del causante, habrá que deducir las deudas del mismo, los gastos de última enfermedad y los de partición[91].

El contador debe tener en cuenta, a la hora de proceder a la liquidación del caudal hereditario, los bienes del causante que hayan de ser objeto de colación como dispone el artículo 1035 del CC, que señala que «el heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación, u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición». Este contar en la parte, que requiere la incorporación ficticia del *donatum* al caudal relicto del causante, recibe el nombre de colación.

Los bienes colacionables han de ser, por lo tanto, tenidos en cuenta por el contador a los efectos de determinar las legítimas[92]. Tanto la DGRN, en su resolución de 9 de marzo de 1927, como el Tribunal Supremo [SSTS de 15 de julio de 1943 y 30 de marzo de 1949 (RJ 933)] han venido considerando como acto particional del contador la determinación de las donaciones colacionables. En esta tarea el contador habrá de actuar con sujeción a las disposiciones de la Ley[93] y a la voluntad del testador, que podrá dispensar de tal obligación a alguno o algunos de los donatarios (artículo 1036 del CC), salvo que las donaciones fueran inoficiosas o violasen las legítimas (artículos 1036 y 1037)[94].

90. Royo Martínez: *Derecho sucesorio mortis causa*, 1951, p. 354.

91. Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. 3.º, 1991, p. 468.

92. La STS de 19 de julio de 1982 (RJ 4256) se refiere a la colación de bienes, señalando que «la colación de bienes, como operación previa a la partición de herencia, definida en el artículo 1035 del CC en su sentido estricto, tiene una acepción más amplia, referida a la agregación numérica que hay que hacer a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el causante a los efectos de señalar las legítimas y para averiguar si son inoficiosas, acepción contemplada por el artículo 818 del dicho Código, así en su antigua como en la vigente redacción; operación de colacionar que no lleva consigo ningún desplazamiento de bienes, limitándose a ser una modificación de las proporciones en que es adjudicado el caudal relicto; en cambio, el cálculo de la legítima lleva como consecuencia la posible reducción de legados y donaciones; por consiguiente, la colación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia, en tanto el causante no dispense de ella, siempre dejando a salvo el régimen de legítimas, lo que lleva consigo que la imputación, precisa para determinar las legítimas, se impone incluso sobre la voluntad del testador, como se deduce del artículo 1036 del mismo CC; cediendo, por tanto, el sistema de alteración puramente contable a través de adjudicaciones compensatorias en las cuotas, propio de la colación, al sistema de compensación en especie, también seguido para la colación (artículos 1047 y 1048), pero esencial en la imputación para fijación de las legítimas (artículos 820 y 821)».

93. En este sentido, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley 332 de la Compilación de Navarra, artículo 47 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón, los artículos 32, 355 y 359 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, artículo 62 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, artículos 147 y 148 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

94. La STS de 21 de abril de 1997 (RJ 3248) señala, al alegarse la infracción del artículo 818 del CC como motivo de casación, que «Este precepto viene a operar en forma de computación del haber hereditario, estableciendo las bases para la determinación de la legítima, a cuyo efecto, al ser esta parte alícuota de la masa hereditaria, es preciso fijar mediante la correspondiente prueba el líquido de la misma, que resulta de la diferencia entre el activo (suma del valor de los bienes de causante al tiempo de su fallecimiento) y el pasivo (deudas y cargas del testador hasta el momento de su muerte). El valor líquido así obtenido no es el que sirve de base a la legítima, ya que ha de agregarse a aquél, tratándose de relaciones entre herederos, como es el supuesto de autos, el importe de las donaciones de naturaleza colacionable, que refiere el artículo 1035 del Código Civil –colación en sentido estricto– y en cuanto al valor que tenían al tiempo de realizarse el acto de liberalidad (artículo 1045). Resulta que la donación ha de resultar inoficiosa, si atenta a la legítima, al perjudicarla, causando su minoración, en atención a los artículos 636 y 654 del Código Civil, y solamente puede subsistir si respeta dicha cuota hereditaria forzosa por tener cabida en la de libre disposición. No se genera entonces suplemento de la legítima, al no resultar perjudicado el heredero

Una vez determinados los bienes colacionables, es preciso proceder a su aportación contable al caudal relicto del causante, a los efectos de computarlos como parte integrante de la cuota hereditaria que corresponde repartir entre los legitimarios[95], y conseguir de esta forma que al donatario colacionante se le adjudique un lote con su importe reducido a los bienes previamente recibidos en vida del de *cuius*[96], que es lo que en la práctica forense se denomina «adjudicación en vacío», con la finalidad de alcanzar de esta forma la distribución equitativa y proporcional de los bienes del causante entre sus herederos forzosos[97]. En definitiva, como señala la STS de 17 de marzo de 1989 (RJ 2161): «la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria».

b) La problemática de la liquidación del régimen económico matrimonial y su acumulabilidad al procedimiento de división de la herencia

Como hemos señalado, en el supuesto de matrimonios sometidos al régimen de la sociedad legal de gananciales, la muerte de cualquiera de los cónyuges produce *ipso iure* la disolución de dicho régimen económico matrimonial (artículos 1392.1 y 85 del CC), surgiendo en tales casos una comunidad posganancial entre el cónyuge supérstite y los herederos del cónyuge premuerto, en la cual cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial,

forzoso en dicha porción legal y no tiene lugar la imputación cuando en el artículo 1037 se establece que la colación no procede, si el testador así lo dispone, salvo el supuesto de inoficiosidad. Lo que hay que entender es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima, pero no que se prescinde de aquéllas en el inventario general de los bienes del causante para imputarlas donde resultase preciso [Sentencia de 16 de junio de 1962 (RJ 1962\2815)]».

Por su parte, la STS de 17 de marzo de 1989 (RJ 2161) interpretando lo normado en el artículo 1037 del CC, que señala que no se entiende sujeto a colocación lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas, estableció que «Así pues, moviéndonos específicamente dentro de la colacion, ya hemos visto que el artículo 1035 del Código Civil se refiere a que el heredero, para que tenga la obligación de colacionar, ha de haber recibido bienes o valores en vida del causante por dote, donación, u otro título gratuito, cesando esta obligación (artículo 1036) "si el donante así lo hubiere dispuesto expresamente, o si el donatario repudiase la herencia", todo ello con independencia, claro está, de que la donación deba reducirse por inoficiosa cuando lesione las legítimas; reglas legales que claramente enmarcan esta institución dentro del derecho dispositivo del testador, que puede derogarlos en cada caso particular; supuesto concurrente precisamente en sentido inverso, en el caso que estudiamos, donde la voluntad expresa del causante de que se colacionen las donaciones, figura en el testamento. Y al amparo de este derecho dispositivo se explica que el Código disponga en el artículo 1037 que "No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas"; regla que procede en sentido inverso a como se hace para el caso de las atribuciones por actos entre vivos, y ello resulta razonable, pues en la colación se parte de la presunción que las donaciones otorgadas por el causante durante su vida, lo han sido a cuenta de lo que el donatario tendría derecho a recibir por herencia, pero cuando el mismo causante lo dispone en su testamento, ya que no se está en el caso de emplear presunción de clase alguna, sino que nos encontramos ante la realidad de la voluntad del testador, ejercitada para después de su muerte, y definitiva en cuanto a posibles desigualdades entre sus herederos. La exposición que antecede, unida a la terminante voluntad testamentaria de que la viuda señora G.L. recibiera el pleno dominio de la totalidad del tercio de libre disposición (cuota legitimaria y legado) y el mandato expreso de que las donaciones que otorgó por actos entre vivos fueran colacionables, dispensan de todo mayor comentario respecto a las pretensiones de la parte recurrente, en orden a que el legado otorgado al cónyuge viudo sea reducido con preferencia a las donaciones que recibieren los hijos, afirmación que conduce al rechazo de este motivo».

95. Como indica Carballo Fidalgo: *op. cit. supra*, p. 159, la operación no ofrece dificultad salvo la necesaria precaución de no involucrar en la operación a los legatarios o herederos no legitimarios.

96. Como indican Lacruz y Sancho Rebullida: «Elementos de Derecho Civil», Tomo V, *Derecho de Sucesiones*, 1993, p. 158, la práctica de la colación implica que «el valor de lo donado y de los frutos se reúne ficticiamente con la parte del caudal relicto destinada a los legitimarios, los cuales tienen derecho a que se calcule su cuota sobre el importe de esa reunión ficticia, y a que se les atribuya, en parte proporcional a la del colacionante, bien de ser posibles semejantes».

97. Como indica Carballo Fidalgo, Marta: *op. cit. supra*, p. 159, la operación no ofrece dificultad salvo la necesaria precaución de no involucrar en la operación a los legatarios o herederos no legitimarios, la cual en la nota a pie de página núm. 297 (pp. 159 y 160) pone este gráfico ejemplo. Así, si el causante deja a su muerte un caudal de 300, en el que instituye por partes iguales a sus hijos Ay B y a su sobrino C, habiendo realizado en vida una donación a favor de A por valor de 30, la colación operará de la siguiente forma: la cuota correspondiente a C, será de 100 (1/3 de 300). A la parte correspondiente a ambos hijos (200) se sumarán los 30 donados en vida a favor del primero de ellos, de modo que 230 será la base del cálculo de sus cuotas. Correspondiendo a cada uno 115, A tomará de menos 30 donados, quedando de tal modo igualada su participación en el caudal hereditario.

pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes que integran dicho patrimonio, como han declarado las SSTS de 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10689), 28 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6657), 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10113), 14 de marzo de 1994 (RJ 1994\1776), 26 de abril de 1997 (RJ 1997\3542), 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998\7290) y 11 de mayo de 2000 (RJ 2000/3926), entre otras.

Por otra parte, toda partición requiere como presupuesto o elemento esencial la determinación del patrimonio hereditario del causante a los efectos de conocer los bienes de su titularidad susceptibles de ser transmitidos y repartidos entre sus herederos, pero para ello es necesario previamente proceder a la liquidación del régimen económico matrimonial del causante, y en este sentido se ha expresado la jurisprudencia, véase por ejemplo la STS de 17 de octubre de 2002 (RJ 8968)[98]. En esta misma línea, la Sentencia de dicho Alto Tribunal de 8 de marzo de 1985, cuya doctrina sigue la de 20 de febrero de 2002 (RJ 2893) y las en ella citadas, así como la establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, ponen de relieve la exigencia de liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo, con intervención de los herederos de la primera esposa del causante.

La jurisprudencia igualmente siempre ha reconocido que entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores entra la de liquidar la sociedad ganancial del causante y el cónyuge viudo [SSTS de 18 de abril de 1928, 10 de enero de 1934 (RJ 35); 17 de abril de 1947, 8 de marzo de 1995 (RJ 2157); 17 de octubre de 2002 (RJ 8968), y RRDGRN de 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906, 31 de enero de 1912 y 22 de agosto de 1914].

Es por ello que uno de los problemas que plantea el procedimiento que nos ocupa es el relativo a si procede en el juicio divisorio hereditario, efectuar previamente la liquidación del régimen económico matrimonial del causante, con la presencia claro está del cónyuge supérstite o herederos del premuerto. En este sentido, ya una antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1932 (RJ 1119), con respecto a la situación jurídica del cónyuge del *de cuius*, señalaba que «no puede desconocerse su derecho a intervenir en la liquidación del caudal relicto para la justa defensa así en lo que respecta a la cuota viudal como en lo referente a su mitad de gananciales, porciones que pudieran sufrir menoscabo sin la vigilancia de quien tiene derecho a percibirlas», estableciendo la nueva LEC, en su artículo 783.2, la ineludible citación al procedimiento del cónyuge sobreviviente.

La mentada problemática de contestación afirmativa en nuestra práctica judicial, no en vano el artículo 1410 del CC remitía, en lo no previsto en las normas relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales de los artículos 1397 y siguientes de dicho texto legal, a las disposiciones de la partición y liquidación de la herencia, se complica por la existencia de un procedimiento específico para la liquidación del régimen económico matrimonial (artículos 806 y ss. de la LEC), y dada además la doctrina sentada por la STS de 13 de febrero de 1999 (RJ 1235) que desestimando una pretensión de acumulación de procesos señalaba: «En cuanto al referido juicio de testamentaría lo que en realidad se está alegando es la necesidad de que la liquidación de la sociedad de gananciales y el juicio de testamentaría sobre el caudal hereditario del ex cónyuge fallecido se tramiten conjuntamente; no se dan

98. La mentada sentencia señala: «Como presupuesto –o elemento– esencial, se cuenta la determinación del patrimonio hereditario del causante. Y para poder hacerlo es imprescindible la fijación del suyo y del cónyuge o herederos del mismo, correspondientes a su parte de los bienes gananciales. En otro caso, se estaría practicando una partición de patrimonio a sabiendas de que es parcialmente ajeno». En el mismo sentido, aplicando la doctrina de la mentada resolución, la SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 26 de noviembre de 2002 (AC 2341).

entre ambos procedimientos las identidades necesarias entre las cosas, causas, personas y calidades con que las mismas fueron demandadas; son distintos los patrimonios sujetos a liquidación en uno y otro caso, la causa de pedir es distinta, disolución de la sociedad conyugal y causación de la herencia, respectivamente, y distintas las personas».

Pues bien, a la hora de adelantar una posibilidad de actuación procesal diríamos que si el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial ya se hubiera iniciado y durante su sustanciación muriera uno de los cónyuges, su posición deberá ser asumida por sus herederos, en virtud de una elemental aplicación de las normas que rigen la sucesión procesal por causa de muerte del artículo 16 de la LEC.

Se ha admitido que si el fallecimiento del cónyuge se produjo después de dictada la correspondiente sentencia decretando la disolución de la sociedad conyugal o en proceso matrimonial, que los herederos del premuerto puedan en ejecución de sentencia instar el procedimiento de división del régimen económico matrimonial, y en este sentido se pronunció la SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 23 de abril de 1999 (AC 954) por aplicación del artículo 661 del CC.

En segundo término, parece también claro que en el supuesto de que todos los bienes del matrimonio fueran gananciales y los causantes murieran abintestato con descendientes comunes y sin deudas particulares, lo que no deja de ser sociológicamente frecuente, la liquidación en tal caso del haber ganancial carecería de sentido, y por lo tanto promover un juicio específico a tal fin.

Tampoco plantearía mayores problemas, el supuesto de que sea el cónyuge viudo el que promueva el procedimiento divisorio de la herencia instando en su seno la previa liquidación del haber ganancial, siguiendo la práctica generalizada y con apoyo normativo en el artículo 1410 del CC, máxime cuando concurre además en su condición de heredero y por elementales normas de economía procesal; por otra parte, en el supuesto de falta de acuerdo entre los cónyuges la tramitación procedimental se unifica (por remisión del artículo 810.5 a los artículos 785 y ss. relativos a la división de la herencia) y es obvio que dicho acuerdo no existe con los coherederos del cónyuge premuerto, pues en otro caso la promoción del procedimiento judicial carecería de sentido.

Las dificultades pueden provenir cuando instada la división de la herencia por el procedimiento de los artículos 782 y siguientes el cónyuge alegue la inadecuación de procedimiento, solicitando que previamente se liquide el régimen económico matrimonial por la vía de los artículos 806 y siguientes. No obstante, en este supuesto es defendible la desestimación de dicha pretensión, pues no existe lesión para su derecho de defensa, ni disminución de garantías procesales, la división judicial de la herencia es un juicio universal con *vis atractiva* de los procedimientos relativos a la formación de la masa partible, ambas liquidaciones se encuentran íntimamente conectadas entre sí y el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, como resulta de lo normado en el artículo 807, parece pensado para los casos en que se ha tramitado un previo juicio de nulidad, separación y divorcio, o se haya seguido un procedimiento judicial sobre la disolución del régimen económico matrimonial, señalando, por su parte, el artículo 811, que no podrá solicitarse la liquidación del régimen de participación «hasta que no sea firme la resolución que decrete disuelto el régimen económico matrimonial», pero no cuando éste se disuelva *ope legis* por fallecimiento de uno de los consortes (artículos 85, 1392.1.º, 1415 del CC) en los que lógicamente no existirá necesidad de promover demanda alguna para obtener un pronunciamiento de tal clase. Es más su estructura normativa está pensando en la existencia

de cónyuges vivos, que pueden exteriorizar su consentimiento en aras a la distribución de los bienes comunes, y que han de aportar o bien una propuesta de inventario (artículo 808.2), o de liquidación (artículos 810.2 y 811.2) realmente problemática, cuando una de las partes está formada por una pluralidad de personas en régimen de comunidad que precisan la unanimidad para efectuar actos dispositivos.

En el ámbito de la doctrina existen autores como, por ejemplo, Martinell, que han considerado, por aplicación de los artículos 807 y 808, que el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial sólo es factible cuando media un previo proceso entre las partes, quedando fuera de su ámbito los supuestos de disolución *ope legis* por muerte o declaración de fallecimiento[99], en sentido contrario (Rebolledo Varela[100], Garberí Llobregat[101], Busto Lago[102]), que entienden que la ausencia de una norma de competencia no es óbice para entender inaplicable en esos casos dicho procedimiento que se solventaría mediante la aplicación de las normas generales de los artículos 50 y siguientes de la LEC.

C) División y adjudicación

La división consiste, como señala Castán, en fijar la cuota o haber de cada heredero; y la adjudicación, en aplicar al pago de la misma bienes o valores determinados[103]. En la práctica dichas operaciones se engloban en lo que se llama la formación de hijuelas o lotes[104]. Como señala Cobián, y con él la doctrina (De Diego, De Buen, Castán y Bonet) cada hijuela comprende dos partes: la primera constituye el haber del interesado, y la segunda la adjudicación y pago, o sea, la designación de los bienes que a los interesados se dan hasta la cantidad suficiente según el cálculo para cubrir el haber[105].

También es frecuente, cuando no se han abonado previamente las deudas de la herencia, formar con las mismas una hijuela, de cuya satisfacción se encarga un heredero con los bienes que le han sido adjudicados. Evidentemente esta disposición no afecta a los derechos de los acreedores, sino que produce únicamente efectos entre los coherederos.

En cuanto a la práctica de la partición señala la LEC que el contador «procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas» (artículo 786.1). Esta norma se encuentra en patente relación con lo dispuesto en el artículo 1062 del CC, al señalar que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero.

La STS de 10 de febrero de 1997 (RJ 667) interpretando dicho precepto ha señalado que:

> «El párrafo primero del artículo 1062 del Código Civil no contiene sino una norma que permite la atribución de un bien hereditario que resulte indivisible a uno de los coherederos abonando

99. Martinell, José María: «El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial», en *Instituciones del nuevo proceso civil (comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000)*, Tomo IV, obra coordinada por Alonso Cuevillas, p. 162.

100. Rebolledo Varela: «El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial», en *Los procesos matrimoniales (en la LEC 1/2000)*, Madrid, 2000, Dykinson, pp. 204 y 205.

101. Garberí Llobregat, J.: «Liquidación del régimen económico matrimonial», en la obra *Los procesos civiles (comentarios a la nueva LEC, con formularios y jurisprudencia)*, Tomo V, Bosch, 2001, p. 761.

102. Busto Lago, José Manuel: *Los procesos especiales en la LEC 1/2000, filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial*, Marcial Pons, 2002, p. 109.

103. Castán Tobeñas, José María: *op. cit. supra*, p. 382.

104. Castán Tobeñas, José María: *op. cit. supra*, p. 382.

105. «Partición de Herencia», en el Tomo XXIV de la *Enciclopedia Jurídica Española*, p. 350.

a los otros su exceso en dinero, pero tal precepto no obsta a la exigencia que puede hacer cualquiera de aquéllos de que el bien sea vendido en pública subasta como se establece en el párrafo segundo de este artículo 1062, aparte de la inaplicabilidad de aquel párrafo primero en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia; en otro caso, nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria supuesto que no es el contemplado en el artículo 1062 citado.»

Sin embargo criterio en contra es el expresado en la STS de 16 de febrero de 1998 (RJ 868) si bien relativo a la liquidación del régimen de gananciales, señalando que:

«La igualdad cualitativa que, para toda partición de herencia, establece el artículo 1061 del Código Civil (aplicable a la liquidación de una sociedad de gananciales, por la remisión que hace el artículo 1410 de dicho Cuerpo legal) ha de entenderse siempre sobre la base de que dicha igualdad "sea posible", como el propio precepto proclama, posibilidad que, indudablemente, no concurre cuando, en el patrimonio partible, solamente exista un bien de naturaleza inmueble y éste, además, sea indivisible o desmerezca mucho por su división, pues en dichos supuestos el precepto aplicable es el artículo 1062 del mismo Código, con arreglo al cual el referido bien inmueble podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, si ninguno de ellos ha pedido su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños.»

Es necesario tener igualmente en cuenta que, conforme a lo normado en el artículo 1061 del CC, «en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie». La jurisprudencia viene declarando que la norma contenida en el citado artículo 1061 CC tiene el carácter de "recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla" [STS de 23 de junio de 1998 (RJ 1998\4745)] siendo su carácter más bien "facultativo y orientativo que de imperativa observancia" [SSTS de 7 de enero de 1991 (RJ 1991\110) y 15 de marzo de 1995 (RJ 1995\2654), además de las que estas mismas citan].

I) Aprobación de las operaciones divisorias y oposición a ellas

Una vez que el contador ha elaborado las correspondientes operaciones particionales, se dará traslado de las mismas a las partes, emplazándolas por diez días para que formulen oposición. Durante este plazo, podrán las partes examinar en la Secretaría los autos y las operaciones divisorias y obtener, a su costa, las copias que soliciten.

En definitiva, a los efectos de su posible impugnación, el cuaderno particional se pondrá de manifiesto a los coherederos, al legatario de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente, dándoles un plazo de diez días para que, en su caso, de considerarlo procedente, exterioricen su oposición, por escrito, con indicación de los puntos de las operaciones divisorias que se cuestionan y las razones en las que se funda su discrepancia con el mismo (artículo 787.1), es decir, que no bastará la presentación de un simple escrito manifestando la oposición, sino que habrá de contener indicación expresa de los concretos extremos que no se aceptan y los motivos para ello.

La finalidad de dicho traslado es posibilitar el conocimiento y estudio de las operaciones divisorias por las partes llamadas a la sucesión e invitarlas a manifestarse al respecto, sin que dicho emplazamiento deba efectuarse a los acreedores, pues la intervención de los que lo son de la herencia se limita a oponerse a que la división se practique sin antes afianzarles o pagarles sus créditos (artículos 782.4 y 788.3), mientras que los que lo son de los herederos a tomar conocimiento de las actuaciones para evitar que la partición se efectúe en fraude de sus

derechos (artículo 782.5), y sin perjuicio de promover el juicio declarativo correspondiente instando su rescisión (artículo 1073 CC) o nulidad si se han practicado con tal fraude.

Pues bien, la ausencia de oposición de las partes (aceptación tácita) o la manifestación de su conformidad (aceptación expresa) conlleva, de forma imperativa, a su aprobación judicial, mediante resolución que ha de revestir la forma de auto, como claramente resulta de lo normado en el artículo 787.2, que señala que «pasado dicho término sin hacerse oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el tribunal llamará los autos a la vista y dictará auto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas».

Por el contrario, cuando en tiempo hábil se hubiere formalizado la oposición a las operaciones divisorias, el tribunal mandará convocar al contador y a las partes a una comparecencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes (artículo 787.3). La incomparecencia del impugnante supondrá se le tenga por desistido de su oposición por aplicación de lo normado en el artículo 442 de la LEC, en cuyo caso el Juez deberá dictar auto aprobando las operaciones particionales.

Si en la comparecencia se alcanzare la conformidad de todos los interesados respecto a las cuestiones promovidas, se ejecutará lo acordado y el contador hará en las operaciones divisorias las reformas convenidas, que serán aprobadas por el tribunal con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo (artículo 787.4).

Si no hubiere conformidad, el tribunal oirá a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal (artículo 787.5).

Es decir que en la nueva LEC se simplifica el procedimiento en caso de oposición, pues bajo el imperio de la derogada Ley Procesal de 1881 las operaciones divisorias se ponían de manifiesto en secretaría por el plazo de 8 días (artículo 1079), durante el cual las partes podían solicitar que se les entregasen los autos para su examen, en cuyo caso el Juez así lo debía acordar por un plazo de quince días por cada una de ellas (artículo 1084), y en el caso de que se hubiera formalizado la oposición se convocaba a los interesados y al contador dirimente a junta (artículo 1086), y si en la misma no se alcanzaba la conformidad se daba al asunto la tramitación del juicio ordinario que por la cuantía correspondía (artículo 1088).

En la nueva legalidad procesal se pone el cuaderno del contador, único existente, de manifiesto a las partes, por un plazo de 10 días, de existir oposición escrita y motivada, se citará en otros diez días a una comparecencia, y sin en ella no se alcanza acuerdo, se continuará en ese mismo acto el procedimiento por los cauces del juicio verbal, decidiendo el Juez la cuestión mediante sentencia a dictar en el plazo de 10 días (artículo 447).

El interesado que se hubiere opuesto a la partición será considerado a tales efectos como actor. Las partes habrán de acudir a la comparecencia del artículo 787.3, ante la eventualidad de que no se llegue a un acuerdo, con los medios de prueba pertinentes en defensa de sus pretensiones, toda vez que el procedimiento no se interrumpe por la falta de conformidad entre la partes concediendo un plazo a las disidentes para que promuevan el correspondiente juicio declarativo, sino que, por el contrario, en el acto se produce una transformación del procedimiento, hasta entonces con una naturaleza propia de la jurisdicción voluntaria (promoción por solicitud, ausencia de intervención judicial en la junta para designar contador y peritos, preceptiva aprobación del juez de las operaciones divisorias en el supuesto de acuerdo expreso o tácito de las partes) en otro de estructura contenciosa a tramitar por los cauces del juicio verbal, en donde fracasados los intentos de

autocomposición, el Juez dictará sentencia que resuelva la controversia imponiéndola a las partes, si bien lo sea, como luego veremos, sin autoridad de cosa juzgada. Solamente en el caso de que por motivos no imputables a las partes no se pueda practicar en el acto una prueba pertinente y útil, se procedería a la interrupción del juicio por la vía del artículo 193.1.2.º y 3.º, que permite conservar la validez de los actos procesales practicados por el plazo de veinte días (artículo 193.3)[106]. El objeto de discusión serán los puntos de disidencia expresados en el escrito motivado de oposición. No cabrá formular reconvención, dado que nos hallamos ante un juicio verbal sumario, en el que la sentencia que le pone fin no tiene eficacia de cosa juzgada (artículos 438.1 y 787.5.II).

La sentencia firme que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo 788, es decir que será ejecutiva, pero no tendrá como hemos adelantado la eficacia de cosa juzgada, «pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda» (artículo 787.5), lo que es coherente con la circunstancia de que la tramitación contenciosa se resuelva por la vía del juicio verbal, cauce impropio para la decisión de cuestiones como las que pueden suscitarse durante la tramitación de un procedimiento de división del patrimonio hereditario, en los que en la práctica totalidad de los casos se sobrepasarán con creces ya no sólo la cuantía sino la escasa complejidad jurídica prevista para tal tipo procedimental. En definitiva, el Legislador pensó en la obtención de una rápida decisión judicial, que resuelva la controversia, con un eventual recurso de apelación, que disuada la promoción del ulterior juicio declarativo, que normalmente será el ordinario, por lo cual no decidió remitir a las partes directamente a éste, a los efectos de obtener una sentencia con plena eficacia de cosa juzgada.

Se ha planteado la problemática de si la sentencia que recae en el incidente de oposición previsto en el mentado artículo 787.5 es susceptible de recurso de apelación. En la práctica judicial la mayoría de las Audiencias lo vienen admitiendo. En este sentido, la sentencia de 23 de mayo de 2003, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo, al tratarse de una resolución no excluida de la apelación.

No obstante, manifiestamente en contra, tanto de dicho recurso ordinario como del extraordinario de casación, se manifiesta la Sentencia de 3 de octubre de 2002, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Ref. Der 2002/57822), que señala:

> «Se alega en primer lugar y con carácter previo diversas causas de inadmisión del recurso. Se argumenta principalmente por la contraparte en el escrito de impugnación del recurso de casación, que una sentencia que no produce efecto de cosa juzgada no puede tener acceso a la casación, lo que es especialmente predicable del juicio de aprobación de la división de herencia en los que no se admite la reconvención (artículo 438.1 LEC), sin que sea admisible que esta Sala pueda pronunciarse sobre la referida cuestión dos veces (en trámite de recurso de la sentencia que aprueba la partición y en trámite de impugnación en juicio ordinario en el juicio verbal a que se refiere el artículo 787 LEC, y en trámite de impugnación en juicio ordinario). El escrito de impugnación del recurso argumenta igualmente que debe distinguirse entre sentencia de apelación y sentencia de segunda instancia, afirmando que la sentencia de la Audiencia no tiene los caracteres de una auténtica sentencia de segunda instancia; y concluyendo que habiéndose iniciado el juicio ordinario correspondiente no tiene sentido que se sustancien simultáneamente dos procedimientos con la misma pretensión, que pudieran ser incompatibles entre sí. Entre las propuestas, debe acogerse esta causa de inadmisión, que se transforma en este momento procesal en causa de desestimación.

106. Ver, al respecto, Seoane Spiegelberg, José Luis: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Disposiciones Generales y Presunciones*, Aranzadi, 2002, pp. 159 y ss.

En efecto el vigente artículo 787 de la LEC, que viene a modificar los precedentes artículos 1081 y siguientes de la LEC, tiene la función de simplificar el complejo régimen pretérito de la aprobación judicial de los procedimientos de testamentaría y abintestato. En el artículo 787.5 de la LEC, la redacción originaria del proyecto de LEC (proyecto aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 30 de octubre de 1998, igual que en el anteproyecto aprobado por el Ministerio de Justicia: artículo 783), no se prevenía nada sobre el régimen de recursos contra la aprobación de la partición en juicio verbal; la enmienda 1398 del Grupo Parlamentario Catalán que introdujo el vigente párrafo segundo del artículo 787.5 de la LEC, prevé la posibilidad de iniciar un juicio ordinario tras la aprobación de la partición judicial, y se justifica en que dada "la complejidad de las cuestiones que pueden plantearse" "aconseja privar a la sentencia que puede dictarse en dicho juicio de los efectos de cosa juzgada"; abriéndose en consecuencia la vía del juicio ordinario que corresponda como única vía de impugnación de la división de herencia. Lo que explica el propio tenor literal del artículo 787.5, párrafo segundo LEC, que quedaría en caso contrario privado de sentido. Dicha interpretación es coherente con la exposición de motivos de la LEC, que diseña "un procedimiento más simple y menos costoso que el juicio de testamentaria de la Ley de 1881" (XIX), pues de la interpretación contraria se seguiría un farragoso régimen de recursos contra la partición hereditaria, que sería más complejo y caro que el previsto en el derogado régimen legal.

La analogía de este procedimiento de aprobación judicial de la partición hereditaria del 787 LEC, con el procedimiento de aprobación judicial de la formación de inventario en caso de controversia (artículo 794 LEC), o de la formación de inventario en la liquidación de bienes comunes del matrimonio (artículo 809 LEC), predica también la exclusión de los recursos contra la aprobación judicial, pues no tiene sentido que pudiese concurrir el procedimiento ordinario con un recurso contra una resolución en un proceso sumario de aprobación de una partición; y que aún pueda complicarse la división de la herencia entre los coherederos si este proceso sumario concurre con una discusión en otro proceso sumario sobre los bienes que deben incluirse en el inventario (artículo 794 LEC) o si la división de herencia concurre con la división del patrimonio conyugal en la misma partición (artículo 809 LEC). La aprobación de la partición de los bienes comunes (artículo 787 LEC) y las aprobaciones judiciales previstas en los artículos 794 y 809 LEC, no pueden ser recurridas de modo independiente del resultado del proceso principal de impugnación de la división de herencia si se quiere establecer un procedimiento de partición hereditaria funcional; y sería contradictorio que estos procesos sumarios discurriesen de modo autónomo de la discusión plenaria de los derechos de terceros en los bienes de la herencia, o de la discusión plenaria sobre la interpretación del testamento o sobre la naturaleza del llamamiento a los herederos.

En particular el recurso de casación cuyo sentido es extraordinario, para lograr la uniformidad de la interpretación de las leyes, se contradice con una sentencia que por definición no produce cosa juzgada (véase artículo 552.3 LEC), y además tiene delimitada y notoriamente restringida la controversia al no admitirse reconvención (artículo 483 LEC); siendo el sentido primordial de la aprobación judicial la ejecución inmediata de la división material de la herencia y no la discusión de cuestiones jurídicas propias de un recurso de casación.

A nuestro juicio frente a la sentencia del juicio verbal que aprueba la partición hereditaria no cabe recurso alguno, ni apelación ni casación, sin perjuicio de que los interesados puedan hacer valer sus derechos en el juicio ordinario que corresponda.

Es contradictorio pretender mantener viva la impugnación de la aprobación judicial de la partición, cuando se ha iniciado el ordinario correspondiente. En el presente caso no tiene sentido que concurran en el tiempo dos procedimientos con el mismo objeto, que no son acumulables, cuando el procedimiento que ahora se debate no tiene efecto de cosa juzgada. Debe subrayarse que la misma parte que interpone el recurso de casación en el procedimiento de aprobación de la partición es, la que ha interpuesto la demanda en el juicio ordinario correspondiente que fue admitida a trámite por auto del Juzgado de primera instancia núm. 4 de Pamplona, con fecha 22 de febrero de 2002, esto es antes de la interposición ante esta Sala del recurso de casación; y la demanda suscrita con fecha 30 de junio de 2001, es anterior a la propia fecha de la sentencia de apelación que se recurre. Demanda en la que se plantea la misma cuestión que en el recurso

contra la aprobación de la partición, sobre valoración de los bienes relictos, y la participación de los hijos del primer matrimonio en los bienes conquistados en el segundo matrimonio.

La función de la aprobación judicial de la división hereditaria, como el propio artículo 787.5 párrafo 2 LEC previene, es garantizar la ejecución inmediata de la partición, no resolver la controversia que susciten las partes, que en su caso debe ventilarse por el procedimiento que corresponda. Por eso tajantemente el artículo 787.5 párrafo 2 de la LEC establece que la sentencia que recaiga se llevará a efecto, sin que la falta de recurso específico contra la aprobación judicial de la partición suponga atentar contra la tutela judicial efectiva, pues queda siempre a las partes la posibilidad de acudir al juicio ordinario correspondiente.

Podría plantearse en este contexto si el juicio verbal de aprobación podría tener un ámbito propio de controversia, que no pudiese ya plantearse con carácter plenario en el juicio ordinario, referido principalmente al avalúo de bienes y a la formación de lotes, lo que justificaría un procedimiento específico y un régimen propio de recursos, y podría conducir a que no fuese posible dirimir en el juicio plenario lo ya resuelto por la sentencia dictada en el juicio verbal. Sin embargo frente a este planteamiento, debe sostenerse por el contrario que la impugnación de la partición tiene su procedimiento específico a través de la acción rescisoria de la partición, regulada detalladamente en el FNN (en especial ley 336) y en el Código Civil, que es una acción típica de gran tradición histórica, y que parece propia de un juicio ordinario y no de un juicio sumario, que no produce cosa juzgada. Significándose la dificultad de deslindar el procedimiento material de partición con las cuestiones jurídicas derivadas de la naturaleza del llamamiento y de la interpretación del testamento. Como sucede en este caso concreto, en el que el procedimiento de avalúo se liga a la naturaleza que se predica de la institución (un prelegado de cosa determinada), y a la naturaleza que se predica del llamamiento (que según los recurrentes debe conducir a la exclusión de los hijos del primer matrimonio en los bienes concretos que corresponden a las conquistas del segundo matrimonio).

Se interesa por el letrado impugnante del recurso de casación, en el trámite de vista oral, que se declare la nulidad de la sentencia de la Audiencia. Dicha sentencia resuelve el recurso de apelación contra la aprobación de una partición judicial, y se alega que dicha sentencia es nula de pleno derecho, por no ser admisible el citado recurso de apelación.

Con independencia del criterio de esta Sala, antes manifestado, de que contra la sentencia que aprueba la división de herencia en el procedimiento del artículo 787 LEC no cabe recurso alguno, salvo la impugnación de la misma en el juicio ordinario que corresponda, es lo cierto que para que este Tribunal pudiera examinar dicha pretensión debió formularse la misma por la vía del correspondiente recurso de casación por infracción procesal, que debería estar precedido del correspondiente motivo de infracción legal; lo que sin duda la parte pudo promover oponiéndose a la opción suplementaria que se le concede a la esposa e hija del segundo matrimonio por la Audiencia; motivo que pudo formularse como infracción de la Ley 272 FNN. Y no habiéndose formulado recurso en dicho sentido sería contradictorio que la parte contraria única recurrente, como consecuencia de su recurso, obtuviese la declaración de nulidad de una sentencia, en la que se le reconoce un derecho suplementario de opción, lo que significaría que habría sido perjudicada por el solo hecho de interponer el recurso de casación[107].»

J) Cuestión prejudicial criminal de cohecho en la valoración de los bienes

El artículo 787.6 contiene una solución legal para el caso de que se hubiera suscitado una concreta cuestión prejudicial criminal, a los efectos de conseguir la prosecución del procedimiento en virtud de una causa que queda solventada por acuerdo entre las partes, al

107. Esta resolución en cuanto a la imposibilidad del acceso a casación de las sentencias dictadas en tal clase de procedimiento es congruente con el Auto de 24 de junio de 2003 de la Sala Primera del Tribunal Supremo (ref Der. 2003/49471).

disponer que «cuando, conforme a lo establecido en el artículo 40 de esta Ley, se hubieran suspendido las actuaciones por estar pendiente causa penal en que se investigue un delito de cohecho cometido en el avalúo de los bienes de la herencia, la suspensión se alzará, sin esperar a que la causa finalice por resolución firme, en cuanto los interesados, prescindiendo del avalúo impugnado, presentaren otro hecho de común acuerdo, en cuyo caso se dictará sentencia con arreglo a lo que resulte de éste». No se previó sin embargo el supuesto del falso testimonio del perito de los artículos 459 y 460 del CP, señalando la jurisprudencia que se comete dicho delito cuando se tasaron los bienes «en una cantidad determinada, a sabiendas y con conocimiento de que su valor era muy superior, por lo que concurre el dolo genérico que requiere el dolo penal» (STS de 30 de enero de 1998).

K) Entrega de los bienes adjudicados a cada heredero

Conforme al artículo 788.1 «aprobadas definitivamente las particiones, se procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en éstos por el actuario notas expresivas de la adjudicación», añadiendo el numeral 2 de dicho precepto «luego que sean protocolizadas, se dará a los partícipes que lo pidieren testimonio de su haber y adjudicación respectivos».

Pues bien este precepto es reproducción de lo normado en el artículo 1092 de la LEC de 1881. En efecto, como corolario final de la división hereditaria la LEC prevé la entrega de los bienes adjudicados a los interesados en ella, produciéndose los efectos del artículo 1068 del CC. Esta entrega se hará con los correspondientes títulos de propiedad en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1065 de este último texto legal. Ahora bien, cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas a diversos coherederos, o una sola que se haya dividido entre dos o más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca o fincas, y se facilitarán a los otros copias fehacientes, a costa del caudal hereditario. Si el interés fuere igual el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda. Siendo original, aquél en cuyo poder quede deberá también exhibirlo a los demás interesados cuando lo pidieren (artículo 1066 del CC).

La protocolización de las operaciones particionales es evidentemente notarial, siendo dicho fedatario público, y no el Secretario judicial, a quien corresponde expedir testimonio del haber y adjudicación respectivos.

Por último, se prevé el caso ya tratado anteriormente de que «cuando se haya formulado por algún acreedor de la herencia la petición a que se refiere el apartado 4 del artículo 782, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción» (artículo 788.3).

L) Terminación del procedimiento por acuerdo de los coherederos

Según señala el artículo 789 «en cualquier estado del juicio podrán los interesados separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes. Cuando lo solicitaren de común acuerdo, deberá el tribunal sobreseer el juicio y poner los bienes a disposición de los herederos».

Este precepto es una manifestación de las facultades dispositivas que corresponde a los coherederos sobre el procedimiento. Se necesitará, para que opere, el consenso de todos los personados. No es necesaria la anuencia de los acreedores, cuyos derechos en

la partición ya hemos examinado. No desvirtúa esta última afirmación la redacción del derogado artículo 1047 de la LEC de 1881, que sí requería dicho consentimiento, pues ello guardaba coherencia con la circunstancia de que dichos acreedores, bajo la legislación derogada, estaban legitimados para promover la testamentaría (artículo 1038.4), lo que ahora expresamente se les niega en el artículo 782.3; por otra parte, las posibles dudas que pudieran suscitarse igualmente se desvanecen por el hecho del rechazo de la enmienda 688 del grupo socialista, que pretendía añadir un último inciso al artículo 789 del siguiente tenor literal «en el supuesto de que hubiere personados acreedores los mismos habrán de conocer y aceptar el acuerdo adoptado».

El sobreseimiento implicará el fin del procedimiento, la entrega de los bienes a los herederos, y la subsistencia de la comunidad hereditaria.

M) La impugnación de la partición aprobada

Según señala el artículo 788.5 la sentencia que recaiga en el incidente de oposición a las operaciones divisorias se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo 788, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre bienes adjudicados en el juicio ordinario. La expresión «juicio ordinario», empleada posiblemente por la inercia de su antecedente normativo constituido por el artículo 1088 de la LEC de 1881, en el que no existía un juicio declarativo con tal denominación, habrá de entenderse como remisión legal al declarativo que corresponda por razón de la cuantía y no a esta concreta clase de juicio (artículo 248.2).

Es evidente, pues, que las partes tendrán la posibilidad de impugnar las operaciones divisorias aprobadas. No obstante, el Tribunal Supremo se muestra restricitivo al acogimiento de esta clase de impugnaciones, habida cuenta los gastos y esfuerzos inútiles que supone dejarlas sin efecto, y las complicaciones derivadas de retornar los bienes de la herencia a su precedente estado de indivisión, para lo cual proclamó la vigencia en estos casos del principio de conservación de la partición.

En ese sentido, una jurisprudencia iniciada a partir de las Sentencias de 25 marzo de 1914 y 7 de enero de 1932 (RJ 853), con apoyo en los artículos 1056, 1057, 1079 y 1080 del CC, muy restrictivos en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, declaró la necesidad de respetar, en la medida de lo posible, las operaciones particionales practicadas, limitando la invalidez de las mismas a los casos en los que no existiera otro remedio para restablecer el orden jurídico conculcado, doctrina que fue ulteriormente ratificada en las sentencias también de dicho Alto Tribunal de 17 de abril de 1943 (RJ 418), 9 de marzo de 1951 (RJ 1611), 17 de marzo y 5 de noviembre de 1955 (RJ 1688 y RJ 3100), 30 de abril de 1958 (RJ 1693), 25 de febrero de 1969 (RJ 999); 15 de junio de 1982 (RJ 3428); 18 de enero de 1985 (RJ 182); 31 de octubre de 1996 (RJ 7731) o 13 de marzo de 2003[108] entre las más recientes).

Ahora bien, también se ha señalado que dicho principio sólo es aplicable «en cuanto ello sea posible» [SSTS de 30 de abril 1958 (RJ 1698); 13 de octubre de 1960 (RJ 3085); 25 de febrero de 1969 (RJ 999), entre otras], y obviamente no lo es «"cuando no hay más remedio"

108. En *Actualidad Civil*, núm. 35 de 2003, Sentencia núm. 492.

que anular o rescindir. Y tal ocurre cuando por los partidores se margina la voluntad del testador, o se incide en defectos enormes o sustanciales con grave lesión económica para un heredero» [SSTS de 5 de noviembre de 1955 (RJ 3100); 29 de marzo de 1958 (RJ 1461); 31 de mayo de 1980 (RJ 2724); 30 de marzo de 1993 (RJ 2541); 31 de octubre de 1996 (RJ 7731), o como dice la más reciente Sentencia de 22 de octubre de 2002 (RJ 8970)] cuando «se han infringido las disposiciones testamentarias, que constituyen, si respetan las normas legales imperativas, la ley suprema de la sucesión, o cuando los agravios patrimoniales son tan sustanciales y enormes que de otro modo, salvo la invalidez de la partición, no se pueden enmendar».

Se ha planteado igualmente la problemática de si una vez aprobada judicialmente la partición cabe la posibilidad de la impugnación de la misma incluso en los supuestos en los que la parte que la promueve no se hubiera opuesto a ella en tiempo y forma durante la sustanciación del procedimiento particional, cuestión que debemos responder afirmativamente, con base en una consolidada jurisprudencia dictada en aplicación de la LEC de 1881, pero extrapolable a la nueva legalidad procesal.

De esta forma nos hemos pronunciado en Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 2 de septiembre de 1999 (AC 6419), en la que se señalaba que: «La partición aprobada judicialmente no crea cosa juzgada, siendo impugnable por nulidad, rescisión, modificación o complemento, aunque hubiese transcurrido el trámite del artículo 1081 LEC, pues no revela conformidad ni impide la impugnación [(SSTS de 3 de diciembre de 1928, 29 de marzo de 1958 (RJ 1461), 7 de febrero de 1969 (RJ 652) y 3 de febrero de 1982 (RJ 374)[109], no obstante la crítica contenida en la de 8 de julio de 1992 (RJ 6267)][110]». Y de la misma forma la también SAP de A Coruña, en esta ocasión de la Sección 1.ª, de 16 de junio de 1998 (AC 1027), que indica que: «Ha de señalarse en primer término que la no utilización del procedimiento singular de oposición a las operaciones divisorias del artículo 1088 LEC o la preclusión del trámite procesal sin formalizar oposición respecto del proyecto del contador-partidor dirimente, ni revela conformidad con la partición ni impide el juicio declarativo posterior como parece entender la sentencia apelada».

Por último, podemos concluir la mentada cita jurisprudencial con la STS de 27 de mayo de 1988 (RJ 10364), que insistiendo en la precitada doctrina precisa que «cabe la misma impugnación, tanto si los interesados manifiestan su conformidad, pues ésta no puede purgar los vicios de consentimiento y la lesión se reputa como tal, como si dejan transcurrir el

109. Dicha sentencia establece que «la de 7 de febrero de 1969 (RJ 1969\652), que a su vez invoca la de 3 de diciembre de 1928, ha declarado que la aprobación judicial recaída en un juicio de testamentaría "no varía la naturaleza del acto particional y es sólo el medio de poner fin al proceso cuando los interesados no impugnan dichas operaciones o las consienten", por lo que "no tiene el carácter de cosa juzgada y es susceptible de ser impugnada la división por los en ella perjudicados ... en los dos supuestos a que se refiere el artículo 1081 de la Ley Procesal, dado que este silencio y la pérdida del trámite para impugnar la partición no revela conformidad con la misma ni impide el juicio declarativo correspondiente".

110. La mentada sentencia señala que «las acciones rescisorias deberían estar vedadas a los que habiendo sido partes en el juicio universal de testamentaría no hicieron uso de la facultad impugnatoria que les proporcionaba el artículo 1079 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 1081, 1083, 1084, 1085, 1086, 1087, 1088 y 1092 del mismo Texto legal, que da amplio margen a la manifestación de una voluntad de oposición, sin que ésta tenga que circunscribirse a eventuales irregularidades procesales, puesto que la literalidad legal no lo restringe y por ello amplio campo se le ofrece al oponente sin la menor constricción ni siquiera en cuanto al fondo y cuantía de las adjudicaciones, como se pone de pretexto por los que mantienen la tesis de que el juicio de testamentaría deja abierta la posibilidad de las acciones rescisorias del CC, pues esta tesis que es respetable dentro de la opinabilidad de la interpretación hermenéutica del Ordenamiento jurídico, comporta dentro de un grave quebranto de la economía procesal, un no menos grave del principio constitucional de la seguridad jurídica, puesto que hace tabla rasa de la irreversibilidad de la cosa juzgada material ante la posibilidad de haberse discutido el mismo problema de la lesión en las adjudicaciones en el seno del juicio universal de testamentaría abierto a las incidencias de todo tipo y con las garantías del procedimiento ordinario con la amplitud de enjuiciamiento que le es propia, según el artículo 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

término sin hacer oposición, que son los dos supuestos a que se refiere el artículo 1081 de la Ley Procesal Civil, dado que este silencio y pérdida del trámite para impugnar la partición no revela conformidad con la misma, ni impide el juicio declarativo correspondiente, según afirma la Sentencia de 3 diciembre 1928»; manifestándose de igual manera la más reciente sentencia de dicho Alto Tribunal de 27 de octubre de 2000 (RJ 8554), que señala que «Cuando el juicio de testamentaría alcanza el momento que contempla el artículo 1079 de la Ley de Enjuiciamiento, sin que las partes discrepen expresamente de lo realizado, la aprobación ineludible de las operaciones divisorias por auto del juzgador que conozca de aquél no da a esta resolución la fuerza de cosa juzgada y cabe la impugnación de esas operaciones según disponen las Sentencias de 3 de diciembre de 1928, 7 de febrero de 1969 (RJ 652) y 3 de febrero de 1982 (RJ 374)» o, con abundante cita y análisis jurisprudencial, la STS de 22 de junio de 2001 (RJ 4976), que insiste en la carencia de eficacia de cosa juzgada de la aprobación judicial de la partición.

Por consiguiente, exteriorizada o no la oposición en el propio procedimiento judicial, la partición puede impugnarse, con el ejercicio de las oportunas acciones de nulidad[111], rescisión, modificación y complemento[112]. Los procesos declarativos están dotados de eficacia procesal suficiente para obtener cuantas declaraciones de derecho se pretendan en la jurisdicción ordinaria y con ello las derivadas de la partición de herencia, fijación y atribución de cuotas entre los partícipes sucesorios e incluso la realización de operaciones de división del caudal hereditario en trámite de ejecución de sentencia [Sentencia de 14 de julio de 1994, (RJ 6396), y 31 de octubre de 1996, (RJ 7731)].

No entraremos en el examen de las concretas causas de oposición por ser objeto de estudio en otra ponencia del curso.

V.8. La incidencia del ejercicio de acciones judiciales sobre el procedimiento de división de la herencia

No podemos excluir que se formulen pretensiones judiciales a través de las correspondientes demandas, que afecten a la formación de la masa de los bienes del patrimonio hereditario, o al propio título de la partición, y que pueden promoverse antes o al mismo tiempo de la sustanciación del procedimiento de división judicial de la herencia, por y contra sujetos plurales: herederos, comunidad hereditaria, terceros, cuyo contenido puede ser de lo más variado: acción de nulidad del testamento, preterición de un heredero, reivindicación por un tercero de los bienes de la herencia, acción de nulidad de una transmisión onerosa realizada por el causante a un heredero, que se considera oculta una donación colacionable, venta simulada a tercero en perjuicio de legítimas, etc.

Una primera posibilidad, de tratamiento procesal de tales supuestos, podría radicar en la solución seguida bajo el imperio de la legislación derogada, es decir, considerar dichos casos como artículos de previo pronunciamiento con efectos suspensivos del procedimiento

111. Cuando la partición tenga naturaleza de contrato le es de aplicación el Derecho común de los contratos, con la consiguiente distinción entre nulidad absoluta o radical y anulabilidad o nulidad relativa, rigiendo para la segunda lo establecido en los artículos 1300 al 1314 –SSTS de 26 de marzo de 1940, 7 de enero de 1949 (RJ 1949\3), 9 de marzo de 1951 (RJ 1951\1611), 2 de noviembre de 1957 (RJ 1957\3030), 29 de marzo de 1958 (RJ 1958\1461), 13 de octubre de 1960 (RJ 1960\3085), 25 de noviembre de 1965 (RJ 1965\5689), 25 de febrero de 1966 (RJ 1966\852), 26 de noviembre de 1974 (RJ 1974\4490), y 7 de enero de 1975 (RJ 1975\12), entre otras–, con el prescriptivo plazo de cuatro años que para la acción establece el artículo 1301.

112. En este sentido entre otras muchas las SSTS de 27 de mayo de 1988 (RJ 10364) y 20 de febrero de 2002 (RJ 2893).

sucesorio, al constituir un antecedente necesario de la partición (artículos 742, 744 y 745 de la LEC de 1881). No obstante, en la nueva legalidad procesal, dicha vía encuentra las dificultades de conciliarla, salvo una interpretación amplia, con la regulación normativa de dichos incidentes en el actual artículo 391, que señala que, además de los determinados expresamente en la ley, y con respecto al caso que nos ocupa no existe ninguna previsión concreta, se regulan como cuestiones de tal naturaleza los tres casos recogidos en el mentado precepto, de los cuales sólo podría tener encaje para el supuesto que nos planteamos el tercero de ellos: «cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación», ahora bien dicha norma ha sido interpretada por la doctrina como referente a incidentes de naturaleza procesal.

Así, Ortells Ramos señala que el precitado supuesto es el más amplio sobre cuestiones suspensivas, «pero, en todo caso, la naturaleza del tema debe ser procesal, porque la alternativa de su resolución es o bien la continuación del proceso o bien su terminación, pero no un determinado pronunciamiento de fondo»[113], en el mismo sentido se expresa Lorca Navarrete, que señala que la expresión normativa «cualquier otra incidencia ha de ser un presupuesto u óbice de la misma naturaleza adjetiva», indicando que la razón «es preciso hallarla en que la cuestión incidida por la incidencia es adjetiva por cuanto la cuestión incidida es la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación»[114].

Otra posibilidad sería acudir a la regulación de las cuestiones prejudiciales civiles del artículo 43 de la LEC, que establece que «cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial»[115].

En este caso las dificultades surgen de lo establecido en el artículo 98.2.º, que prevé la acumulación de procesos singulares a un proceso universal, y siempre se le ha atribuido dicha naturaleza a los procesos sucesorios, pues participan de sus notas, en cuanto que la esencia de los mismos consiste en determinar el destino que debe darse al conjunto patrimonial de una persona, es decir, de una *universitas*, a diferencia de lo que sucede con los procesos singulares en los que se ejercita una pretensión aislada con relación a alguno de dichos bienes.

Pues bien, tal precepto norma que la acumulación de procesos también se decretará «cuando se esté siguiendo un proceso sucesorio al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción relativa a dicho caudal». En definitiva, la finalidad del legislador es clara, en cuanto pretende la acumulación en un solo proceso de todas las cuestiones concernientes a la formación de la masa partible de la herencia, que se verían entorpecidas por la dispersión de los distintos juicios cuyo objeto fuera la determinación de los bienes y derechos susceptibles de integrar la misma en diversos órganos jurisdiccionales.

113. Ortells Ramos, Manuel: *Derecho Procesal Civil*, 2002, p. 686.

114. Lorca Navarrete, Antonio: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Tomo II, 2.ª edición, 2000, p. 2045.

115. Sobre la posibilidad del planteamiento de las cuestiones prejudiciales civiles se manifiesta Díaz Fuentes, Antonio: *op. cit. supra*, pp. 104 y ss.

Ahora bien, siendo loable tal fin, sin embargo la forma de articularlo es realmente deficiente, ya que tal supuesto de acumulación no está expresamente regulado, dado que, pese a lo dispuesto en el artículo 98.3, según el cual se regirá esta acumulación «cuando proceda» por las normas de acumulación de procesos de la LEC, con las especialidades establecidas en la legislación especial sucesoria, es lo cierto que, a diferencia de lo que establece la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, que regula la materia en los artículos 8, 51 y concordantes, no existe previsión normativa concreta para los procesos sucesorios, por lo que serán de aplicación las disposiciones de la LEC, pero como dice la misma «cuando proceda».

La incidencia de tal precepto es importante, en tanto en cuanto no cabe formular cuestión prejudicial civil, sí procede la acumulación (artículo 43), y en este caso la acumulación la contempla expresamente la Ley (artículo 98). Ahora bien, debemos tener en cuenta que la precitada acumulación se prevé únicamente cuando se trata de acciones contra el caudal hereditario, es decir contra los bienes que lo integran, como por ejemplo sería una acción reivindicatoria ejercitada por un tercero o heredero contra los bienes de la masa. Y aun en este supuesto, sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran ser adoptadas por el demandante, como la anotación preventiva de la demanda, no impediría la continuación de la partición, sin perjuicio de la responsabilidad por evicción por parte de los coherederos en los términos de los artículos 1069 y siguientes del CC.

Sin embargo, no serían acciones contra el caudal, por lo cual no sería factible la acumulación, y sí cabría entonces el planteamiento de la cuestión prejudicial civil, cuando se tratase de acciones para la integración del patrimonio del causante con nuevos bienes, por ejemplo, acción reivindicatoria ejercitada en beneficio de la comunidad hereditaria o impugnación por simulación de transmisión realizada por el causante con perjuicio de legítimas o para evitar colación.

En estos últimos casos, incluso procediendo la misma, la posibilidad de acceder a la suspensión por cuestión prejudicial judicial civil podrá ser negada, y objeto de oposición por los otros coherederos (artículo 43), cuando el bien a integrar sea de escasa importancia con relación al haber partible del causante, pues siempre cabría una partición adicional, que no impediría la división del resto de los bienes de la herencia.

Por otro lado, la doctrina al interpretar el artículo 98.3 ha señalado que dentro de las normas de la LEC no susceptibles de ser aplicadas a los efectos de regular la acumulación de los juicios singulares al universal sucesorio –no olvidemos que el mentado precepto señala que dicha acumulación «cuando proceda», se regirá por las normas de dicha Ley–, se encontrarán las relativas a la homogeneidad o compatibilidad procedimental o las previstas en el artículo 78[116]; pero sí serían observables las recogidas en el artículo 77.2, que vedan la acumulación cuando exista afectación de fueros territoriales imperativos, y es factible por tanto que una acción reivindicatoria ejercitada por un tercero con relación a un bien del causante, sometida al fuero no prorrogable del lugar en que se encuentre la cosa (artículos 52.1, 54 y 58), podría no ser susceptible de acumulación, y, por ende, sí cabría el planteamiento la cuestión prejudicial civil (artículo 43).

116. Gascón Inchausti, Fernando: «La acumulación de acciones y procesos en el proceso civil»; La Ley, 2000, p. 210, y Guzmán Fleya, Vicente: *El proceso civil*, Tomo I, Valencia, 2001.

Es obvio que el contador no podrá decretar la nulidad de transmisiones onerosas del causante, ni considerar nulo su testamento, cuestiones de planteamiento por las partes y decisión judicial, máxime cuando existe una presunción de validez de dichos actos jurídicos, derivada del artículo 1277 del CC, según el cual aunque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, y de una jurisprudencia reiterada según la cual es un principio general indiscutible el que la capacidad de las personas se presume siempre, y que todo individuo debe reputarse en su «cabal juicio» como atributo normal de su ser, por lo que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo [SSTS de 25 de abril de 1959 (R 1974); 7 de octubre de 1982 (R 5545); 10 de abril de 1987 (R 2549); 26 de septiembre de 1988 (R 6860); 13 de octubre de 1990 (R 7863); 30 de noviembre de 1991 (R 8582); 22 de junio de 1992 (R 5460); 10 de febrero de 1994 (R 848); 8 de junio de 1994 (R 4904); 27 de noviembre de 1995 (Ar 8717); 18 de mayo de 1998; 15 de febrero de 2001, (Ar 2051), entre otras], o de la presunción de exactitud registral del artículo 38 de la LH, según el cual los derechos reales inscritos se presumen existen y pertenecen a su titular de la forma indicada en el asiento respectivo.

De esta manera, partiendo de las consideraciones expuestas, de no acordarse la suspensión del procedimiento divisorio, por una cuestión de dicha naturaleza, el contador elaborará la partición, e incluso decidirá sobre las discrepancias entre herederos con respecto a la inclusión o exclusión de bienes, máxime cuando además será persona que cuente, de ordinario, con los conocimientos jurídicos precisos para ello e incluso «con especiales conocimientos en la materia» (artículo 784.3), y sin perjuicio de la oposición de las partes por la vía del juicio verbal, propiciando una resolución judicial al respecto, que incluso disuada de la promoción del siempre factible juicio declarativo ulterior (artículo 787.5.II), con la viabilidad incluso, de concurrir los requisitos para ello (artículos 74 y ss.), de acumulación con los declarativos pendientes sobre alguna de dichas cuestiones. Nos remitimos para ello, a lo anteriormente expuesto sobre dichos incidentes.

Niega la posibilidad de suspender el procedimiento de división judicial de la herencia por cuestión prejudicial civil, al hallarse pendiente juicio declarativo en el que se ejercitaba la acción de nulidad de testamento la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 5 de febrero de 2003 (JUR 76163), señalando que:

> «No existe ninguna razón objetiva para, una vez entrada en vigor la nueva LEC (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892), estimar que los anteriores criterios jurisprudenciales no son aplicables a la nueva normativa en materia de suspensión de los juicios de división de herencias regulados en el Título II, capítulo II, Libro IV de la LEC, pues el artículo 43 de la ley procesal simplemente faculta al tribunal a suspender el curso de las actuaciones cuando concurran los requisitos previstos en dicho precepto. De donde se infiere que deberá ser el tribunal el que en cada caso concreto, aun cuando aparentemente concurran los requisitos de prejudicialidad civil, debe indagar cada supuesto para acceder o no a la suspensión, que es el supuesto excepcional. No nos cabe ninguna duda que la validez o nulidad de un testamento y, consecuentemente, las disposiciones concretas del testamento, es un cuestión fundamental para resolver sobre las operaciones divisorias de una herencia pues el testamento es la norma que rige todo el proceso de liquidación, siempre y cuando no vulnera la norma legal, por lo que, en principio, dado que un juicio ordinario no es acumulable a un proceso especial, según el artículo 43 en relación con el artículo 77 de la LEC, y que lo que se decida en el juicio ordinario sobre nulidad del testamento debería condicionar la partición hereditaria, debería suspenderse la tramitación del juicio voluntario de división de la herencia hasta tanto no se resuelva firmemente sobre la validez del testamento. Ahora bien, existen varias razones para no suspender las actuaciones. En primer lugar, la resolución recaída tras el incidente de oposición no tiene eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer

valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario. En segundo lugar, las causa de nulidad del testamento invocadas por los demandados, claramente subjetivas, pues afectan al consentimiento, no aparecen claramente de las alegaciones, como podrían ser defectos formales, inidoneidad de los testigos, falta de capacidad, inobservancia de unidad de acto. En tercer lugar, si bien es cierto que, pese a que la sentencia que recaiga en el incidente de oposición a las operaciones particionales no tiene eficacia de cosa juzgada, como hemos expuesto anteriormente, según dispone el párrafo segundo del número 5 del artículo 777 de la LEC y, por consiguiente, las partes podrán ejercitar las acciones que les correspondan en el juicio ordinario, y que la resolución que aprueba definitivamente las operaciones particionales debe ser ejecutada pese a que se inicie juicio ordinario, como dispone el número 1 del artículo 768 de la LEC, no es menos cierto que tanto en el caso de que se hubiera instado juicio ordinario para hacer valer sus derechos como en el juicio ordinario que se tramite sobre la nulidad del testamento se pueden adoptar medidas cautelares destinadas a asegurar la efectividad de la tutela judicial que se pudiera otorgar en la sentencia estimatoria que se dicte. En definitiva, con la no suspensión de las actuaciones del juicio de división de la herencia y, en su caso, adoptar medidas cautelares para asegurar la efectividad de la posible sentencia que declare nulo el testamento base de la división de la herencia se consigue compaginar dos intereses contrapuestos en juego, Por un lado, conseguir que se divida una herencia con la menor demora posible sin perjudicar los legítimos intereses de la legataria de hacer valer cuanto antes sus derechos en la sociedad de la que forma parte como socio. Y, por otro lado, evitar que si en su día se anulase el testamento no se pudieran corregir los perjuicios producidos Por todo ello, procede estimar el recurso de apelación, desestimando la suspensión de las actuaciones del juicio de división de la herencia.»

En el supuesto de que la acción judicial se plantease con posterioridad a la partición, la misma se dirigiría contra el heredero adjudicatario como propietario exclusivo del bien reivindicado (artículo 1068 del CC), el cual podría llamar en garantía a los otros coherederos, provocando la intervención procesal al amparo del artículo 14 de la LEC, a los efectos de saneamiento por evicción (artículos 1069 y ss.), salvo las excepciones contempladas en el artículo 1070, entre las que se encuentra que la evicción proceda de causa posterior a la partición, o fuere causada por culpa del adjudicatario.

Por último señalar que las acciones de los acreedores que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda –no cabe descartar otras vías procesales (monitorio, títulos ejecutivos del artículo 517)– no suspenderán ni entorpecerán las actuaciones de división de la herencia (artículo 782.3).

VI. LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE HERENCIA EN JUICIO DECLARATIVO

Es constante la jurisprudencia dictada con antelación a la vigencia de la nueva LEC 1/2000, la que, compartiendo el criterio de la doctrina, proclama que el juicio declarativo resulta pertinente para decidir las cuestiones derivadas de la división de la herencia, determinación del patrimonio a dividir, fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero e, incluso, realización de las operaciones divisorias en trámite de ejecución de sentencia [SSTS de 17 de julio de 1994 (RJ 6396); 31 de octubre de 1996 (RJ 7731), entre otras]. Es igualmente pronunciamiento de dicho Alto Tribunal, el que proclama que procede el juicio declarativo cuando lo que se discute es la eficacia del testamento o de alguna de sus cláusulas, la condición de heredero o el alcance de los derechos hereditarios (SSTS de 20 de octubre de 1914, 15 de junio de 1954, 9 de diciembre de 1992, 6 de noviembre de 1998).

Procesalmente tal vía es pertinente por aplicación de lo normado en el artículo 248 de la LEC, cuando reza que toda contienda entre las partes que no tenga señalada por la Ley otra tramitación será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda, e incluso dentro de las normas de determinación de la cuantía, para dirimir si los cauces procedimentales a seguir son los del juicio ordinario o el verbal, se señala la forma de calcular la misma para los casos de pleitos relativos a la herencia (artículo 251.12), con lo que claramente está admitiendo que dichas acciones son susceptibles de ejercitarse por tal vía procesal, pero es que además el juicio especial de división judicial de herencia, de naturaleza ejecutiva, pues su finalidad no es cuestionar la procedencia de la división, sino partir el haber relicto del causante efectuando las adjudicaciones correspondientes, no se concilia con la resolución de cuestiones controvertidas como las precedentemente expuestas.

Ahora bien el fallo de la sentencia que resuelve sobre una demanda en la que se ejercita la *actio familiae erciscundae* se deberá de limitar a decidir si procede o no la división de la herencia, cuando tal circunstancia sea controvertida, pues si la misma no se discute el juicio declarativo carecerá de sentido por falta de interés legítimo en su promoción, pero no es contenido propio del mismo efectuar las adjudicaciones correspondientes de los lotes de bienes entre los herederos llamados a la herencia y partes en el juicio. El pronunciamiento judicial, en tales casos, es meramente constitutivo, y la efectividad del mismo, en cuanto a la partición del haber relicto del causante deberá llevarse a efecto por los trámites de ejecución de sentencia, y comoquiera que no existe en la LEC 1/2000, como tampoco existía en la derogada Ley de 1881 trámites específicos para ello, lo adecuado es acudir a las normas de los artículos 782 y siguientes de la LEC, que sí fijan un procedimiento a tal fin.

Tienen pues perfecta vigencia, para la nueva legalidad procesal, las palabras de Cristóbal y Fernández Portal, cuando afirma que la ejecución de las sentencias en que se condena a partir una herencia se acomoda a los trámites establecidos para el llamado juicio de testamentaría[117], actualmente juicio de división judicial de la herencia, lo que es coherente con la naturaleza jurídica que dicho autor atribuye a dicha clase de procedimiento divisorio como equivalente a un procedimiento de ejecución de sentencia condenatoria a partir una herencia, ahora bien añade que comoquiera que no se precisa como presupuesto indeclinable un previo juicio o sentencia, la testamentaría no es ni un juicio, ni un procedimiento de jurisdicción voluntaria, es un procedimiento de jurisdicción contenciosa, equivalente al de ejecución de sentencia condenatoria a partir una herencia, por medio del cual, sin pleito, juicio o sentencia previo, se ejercita, en fase de ejecución, la acción *familiae erciscundae*[118].

117. Cristóbal y Fernández-Portal, Arsenio: *Aspectos procesales de las acciones divisorias en nuestro Derecho*, Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña, 1986, p. 36.

118. Cristóbal y Fernández-Portal, Arsenio: *op. cit. supra*, p. 58.

Revista de Derecho de
familia

JURISPRUDENCIA

No se admite a trámite el recurso de amparo que denunciaba la falta de audiencia de la presunta incapaz en el proceso de incapacitación ya que no se ha acreditado que esta audiencia redundaría en mayores garantías para la incapacitada, igualmente, al vivir los padres de la incapaz en el momento de tramitarse el expediente, no era obligatorio oír a la hermana de la incapaz. Aunque se reconoce que se han cometido ciertas irregularidades en la tramitación del expediente el Tribunal Constitucional considera que no tiene la entidad suficiente como para que se declare la nulidad de actuaciones.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SEC. 4.ª, AUTO 257/2004, DE 12 DE JULIO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Gandía se siguió, a instancia del Ministerio Fiscal, juicio de menor cuantía núm. 198/97 sobre incapacitación, el cual terminó por Sentencia de 24 de febrero de 1999 en la que se declaró la incapacidad de doña Javiera. Una vez firme la Sentencia anterior se promovió expediente de jurisdicción voluntaria núm. 17/99 sobre constitución de tutela, el cual finalizó por Auto de 9 de junio de 1999 en el que se designó como tutor a su hermano don Salvador.

⊙ Por escrito registrado el 8 de noviembre de 2002 doña Asunción, hermana de la incapacitada, presentó incidente de nulidad de actuaciones en dicho expediente, lo que basaba en que se había prescindido de la audiencia de los parientes más próximos y del tutelado prevista en el artículo 231 CC, así como en que se había infringido el orden establecido en el artículo 234 CC para el nombramiento de tutor sin motivarlo.

⊙ Tanto el hermano de la incapacitada designado como tutor como el Ministerio Fiscal se opusieron a la nulidad instada, argumentando el Ministerio público que aunque se cometieron irregularidades en la constitución de la tutela (no se oyó a los padres que vivían en el momento de constituirse la tutela ni se les tuvo en cuenta en el orden de nombramiento del tutor) dichas irregularidades no tenían suficiente entidad para declarar la nulidad con plenitud de efectos de una tutela constituida judicialmente en 1999, ni podían subsanarse porque los padres habían fallecido, lo que unido al nuevo hecho acaecido (testamento de la madre de la incapacitada de fecha 18 de febrero de 2002 en el que manifiesta el deseo de que su hija Asunción sea la tutora de su hija Javiera) aconsejan la promoción de procedimiento de remoción en el cargo de tutor, en el que se oiga al tutor actual, a doña Asunción y a la propia incapacitada.

⊙ Mediante Auto del indicado Juzgado de 31 de diciembre de 2002 se acogió el Informe emitido por el Ministerio Fiscal y se desestimó el incidente, sin perjuicio de que la parte promoviente del incidente pudiera interesar la remoción del tutor vistas las circunstancias que actualmente existen, agregando que en el expediente de designación de defensor judicial practicado en el juicio de incapacitación (cuyas actuaciones se unieron por testimonio al expediente de constitución de tutela) ya fueron oídos los parientes más próximos. Finalmente, instruyó sobre la recurribilidad en apelación de dicho Auto.

- Frente al Auto anterior la demandante de amparo solicitó aclaración sobre la práctica forense de unir actuaciones anteriores en vez de practicarlas de nuevo y rectificación sobre la posibilidad de recurso a la vista del artículo 240.4 LOPJ. Por Auto de 28 de enero de 2003 se acordó la rectificación del Auto anterior en el sentido de que contra el mismo no cabía recurso alguno, así como no haber lugar a la aclaración relativa a la práctica forense indicada.
- Doña Asunción interpuso recurso de amparo que no fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la demanda de amparo se alega, por una parte, vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) de la incapaz porque en el expediente de jurisdicción voluntaria sobre tutela no se dio audiencia ni a la incapacitada tutelada, ni a ninguno de los parientes más próximos (como requiere el artículo 231 CC) y, por otra parte, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), por un lado, al no haber dado audiencia en dicho expediente a la recurrente en su condición de hermana de la incapacitada y, por otro lado, por falta de motivación, pues se altera el orden de preferencia establecido en el artículo 234 CC para el nombramiento de tutor sin motivarlo, ya que al tiempo de la designación de tutor vivían los padres de la incapacitada y la hermana hoy demandante de amparo fue designada tutora de la incapaz en el testamento de la madre.

Señala el Tribunal Constitucional, en primer lugar, que carece manifiestamente de contenido la pretensión de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente. Por una parte, porque, viviendo los padres en el momento de constituirse la tutela, resulta razonable considerar que la hermana hoy recurrente no tenía la condición de pariente más próximo al que necesariamente hubiere de dársele audiencia en el expediente tutelar. De modo que no puede considerarse vulnerado su derecho a no padecer indefensión por falta de audiencia en un procedimiento en el que ni fue parte ni debió serlo, ni, en consecuencia, tenía derecho a obtener una resolución motivada en dicho procedimiento. Sin que, además, después de terminado el procedimiento y fallecidos los padres, pueda instar en amparo la defensa de los derechos fundamentales procesales de éstos.

Por otra parte, porque, con arreglo a nuestra doctrina, no se produce una situación de indefensión real y efectiva cuando quien reclama su intervención en juicio tuvo conocimiento extraprocesal de la existencia del proceso, siendo prueba suficiente con que del examen de las actuaciones pueda inferirse de manera suficiente y razonable tal conocimiento extraprocesal (SSTC 197/1997, FJ 6; 26/1999, FJ 5, y 73/2003, FJ 4), como sucede en el presente caso en el que la recurrente en amparo se persona más de tres años después de terminado el juicio de incapacidad y el expediente tutelar cuando la madre tuvo conocimiento de dicho juicio de incapacidad –cuyo fallo ordenaba la incoación del expediente de jurisdicción voluntaria para designación de tutor– y cuando, según afirmaciones de la propia demandante en el recurso de amparo núm. 2173-2003, ella era la persona de confianza de su madre y, además, es quien siempre se ha ocupado de su hermana.

En segundo lugar, no mejor suerte debe correr la queja de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la falta de audiencia referida, pues no se fundamenta en modo alguno cómo la nulidad de actuaciones y la repetición del procedimiento de designación de tutor solicitados redundarían en mayores garantías para la incapacitada, argumentándose en sentido contrario y de modo razonable en el Informe emitido por el Ministerio Fiscal en el expediente de constitución de la tutela –acogido expresamente en el Auto de 31 de diciembre de 2002 impugnado en amparo–, al razonar que, aunque se cometieron irregularidades en la constitución de la tutela (no se oyó a los padres que vivían en el momento de constituirse la tutela ni se les tuvo en cuenta en el orden de nombramiento del tutor), dichas irregularidades no tenían suficiente entidad para declarar la nulidad, ni podían subsanarse porque los padres ya habían fallecido; además de que el acaecimiento de un hecho nuevo, como consecuencia del posterior otorgamiento de testamento por la madre de la incapacitada manifestando su deseo de que su hija Asunción sea la tutora de su hija Javiera, aconsejan la promoción de procedimiento de remoción en el cargo de tutor, en el que se oiga al tutor actual, a Asunción G.B. y a la propia incapacitada.

En definitiva, resulta razonable la interpretación efectuada en la resolución impugnada sobre el alcance de las irregularidades cometidas en un expediente de constitución de tutela finalizado tres años antes de instarse la nulidad de actuaciones y habida cuenta de las especiales circunstancias concurrentes, entre las que destacan, de una parte, la imposibilidad

de subsanar las irregularidades cometidas (falta de audiencia a los padres y falta de motivación de por qué no los designó como tutores) mediante la nulidad y retroacción de actuaciones, pues los padres fallecieron durante el lapso de tiempo transcurrido entre la constitución de tutela y la solicitud de nulidad de actuaciones; y, de otra parte, que con posterioridad a la terminación del expediente de designación de tutor por Auto de 31 de diciembre de 2002, aclarado por Auto de 28 de enero de 2003, ha sucedido un nuevo hecho relevante (otorgamiento de testamento de fecha 18 de febrero de 2002 por la madre de la incapacitada manifestando su deseo de que su hija Asunción sea la tutora de su hija incapacitada) que no pudo tenerse en cuenta al constituir la tutela y que puede valorarse en un procedimiento de remoción de tutor cuya instancia se ha ofrecido a la recurrente tanto por el Auto impugnado como en el Informe del Ministerio Fiscal que le precedió. Por lo tanto, la interpretación realizada sobre la legalidad procesal en las resoluciones impugnadas en el presente amparo no puede considerarse arbitraria, irrazonable ni incursa en error patente, ni merece reproche desde un prisma constitucional.

Inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Instrucción respecto al artículo 153 del Código Penal en cuanto a la falta de proporcionalidad entre el comportamiento delictual castigado y la pena aplicable.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PLENO, AUTO 233/2004, DE 7 DE JUNIO

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El día 26 de enero de 2004 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Constitucional un escrito del Magistrado-Juez titular del Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de 21 de enero de 2004 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 153 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, por su posible contradicción con el principio de proporcionalidad sancionadora penal (artículo 25, en relación con los artículos 17.1, 9.3, 24.2 y 53, todos CE).

⊙ La cuestión de inconstitucionalidad trae causa de las diligencias urgentes núm. 2-2004 incoadas en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig contra don Amando Ferrol Samper por delito de mal trato familiar del artículo 153 del Código Penal.

⊙ En el curso de la comparecencia prevista en los artículos 798 y siguientes. LECrim se acordó la apertura del juicio oral y el Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación, en el que imputó al denunciado la comisión de un delito de mal trato familiar (artículo 153.1 y 2 CP), interesando la imposición de una pena de nueve meses de prisión, junto a las penas accesorias de suspensión de derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y del derecho para la tenencia y porte de armas por un período de dos años. Según se recoge en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el Ministerio Fiscal fundamentó su calificación «en el hecho de que el denunciado diera un guantazo en la cara a su compañera sentimental, dentro de una discusión y en presencia de sus dos hijas, no estimándose en la acusación la existencia de ningún hecho anterior de mal trato familiar físico o psíquico entre ambos y causando una lesión que tardó en curar un día sin tratamiento ni incapacidad».

⊙ El imputado, con asistencia de su Letrado defensor –según se recoge en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad–, «reconoció los hechos y con pleno conocimiento de la consecuencia de sus actos mostró junto a su Letrado la conformidad con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, interesando una Sentencia de conformidad, momento en el que se decretó por el Juez la suspensión del acto, así como del plazo para dictar Sentencia, expresando la intención de plantear cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 153 del Código Penal, precepto que fundamenta la acusación ejercitada en este proceso y de la cual depende la condena del acusado».

⊙ Por Auto de 5 de enero de 2004, el Juzgado acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días hábiles pudieran alegar lo que desearen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el «artículo 153 del Código Penal, en su actual redacción, por quebrantamiento del principio de proporcionalidad sancionadora penal que, según doctrina constitucional contenida, entre otras, en Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 20 de julio de 1999 (núm. 136/1999, publicada en el BOE el día 18 de agosto de 1999, siendo ponente Excmo. Sr. Viver Pi-Sunyer), está vinculada a los principios constitucionales de derecho a la libertad personal (artículo 17 CE) y el principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE) al ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito».

⊙ Evacuado el trámite de alegaciones conferido, el Ministerio Fiscal se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al considerar que no existe falta de proporcionalidad entre el comportamiento delictual castigado en el presente caso y la pena aplicable según el precepto legal cuestionado, en tanto que la representación letrada del acusado interesó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

⊙ El Tribunal Constitucional no admite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad por entender que es notoriamente infundada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Consideraciones jurídicas que se realizan en el auto del juzgado que plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

Al órgano judicial el mencionado artículo 153 CP le suscita dudas de constitucionalidad al conectarlo con el principio de proporcionalidad de las penas, si se tiene en cuenta que dentro de los comportamientos típicos del citado precepto se comprende «... golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión o amenazar a otro de modo leve con armas y otros instrumentos...», siendo la pena aplicable a estas figuras delictivas la de tres meses a un un año de prisión y debiendo imponerse la pena en su mitad superior si, entre otros supuestos, el comportamiento se perpetra en el domicilio común o en el de la víctima o en presencia de menores.

El artículo 53 CE cuando se refiere al respeto y protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, dentro de los cuales se encuentran los preceptos en los que se sustenta la duda de constitucionalidad, no excluye al legislador, quien además está singularmente vinculado a las citadas reglas constitucionales. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que la Ley no debe establecer otras penas que las necesarias, no estando exonerado el legislador del control de constitucionalidad por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 209/1988; 150/1991; 111/1993). De otra parte, es también doctrina constitucional que uno de los elementos necesarios para poder afirmar la proporcionalidad de una reacción penal, junto al análisis de si se busca por la norma la preservación de bienes constitucionalmente no proscritos ni socialmente irrelevantes y la necesidad de esa medida penal, es contemplar jurídicamente si se trata de una pena en un sentido estricto proporcionada. Así, por lo tanto, se tratará de ver si una bofetada sin que existan antecedentes de malos tratos físicos o

psíquicos, ni se causen lesiones, junto a las demás circunstancias de relación afectiva y lugar de ejecución del hecho, puede fundamentar una pena privativa de libertad, como la interesada por el Ministerio Fiscal de 9 meses de prisión en el presente juicio.

La posible inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado radicaría también, en opinión del órgano judicial, en relación con la derogación operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, del último párrafo del artículo 617 del CP, que contemplaba los malos tratos de carácter venial cometidos en las relaciones familiares-afectivas, de forma que actualmente cualquier comportamiento que suponga un mal trato, por mínimo que fuere, por ejemplo, un empujón o una bofetada, supone un reenvío al artículo 153 del CP y si el comportamiento tuviere lugar en el domicilio familiar o en el de la víctima o ante menores (fuesen hijos propios o no, estuviesen allí de paso o fuesen convivientes de los interesados) entraría en juego el agravante de aplicación de la pena en su mitad superior, es decir, por encima de los siete meses y medio y hasta un año de prisión. Asimismo, ha de tenerse en cuenta la próxima entrada en vigor del nuevo CP, que contempla como de efectivo cumplimiento las penas privativas de libertad superiores a tres meses.

A juicio del órgano judicial, parafraseando la STC 55/1996 (FJ 8), existen en el presente caso medios alternativos suficientes (no uno, sino muchos) para la consecución de la finalidad perseguida por el legislador, castigar el ilícito, pero también pacificar las relaciones entre los sujetos descritos en la norma, al margen de la pena privativa de libertad de hasta un año de duración

2. Alegaciones del Fiscal general de Estado.

El Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 11 de mayo de 2004, en el que interesó, con base en la argumentación que a continuación se resume, la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por resultar notoriamente infundada (artículo 37.1 LOTC).

a) El Fiscal General del Estado, tras referirse a los antecedentes fácticos del proceso *a quo* en el que se suscita la cuestión de inconstitucionalidad, aprecia una cierta confusión por parte del Juez proponente al confrontar el precepto cuestionado con diversos artículos de la Constitución, pues en tanto que en el trámite de audiencia previa a las partes y al Ministerio Fiscal alude al quebrantamiento del principio de proporcionalidad sancionadora penal vinculando con el derecho a la libertad personal (artículo 17 CE) y el principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE), en el Auto por el que eleva la cuestión al Tribunal Constitucional vincula aquel principio, de una parte, con los artículos 1.1, 9.3, 24.2 y 53 CE en su fundamento jurídico primero, y con los artículos 25.1 y 2, 17.1, 1.1, 9.3 y 53 CE en su parte dispositiva.

De la lectura del fundamento jurídico segundo de dicho Auto se desprende, sin embargo, que la alusión a los artículos 1.1, 9.3 y 53 CE lo es a los meros efectos de argumentar sobre la sujeción del legislador al respeto de los derechos y libertades públicas, por lo que su invocación ha de reputarse de improcedente o superflua. Asimismo, la referencia a los artículos 24.2 y 25.2 CE aparece huérfana de toda precisión y argumentación, por lo que ha de considerarse retórica y debe igualmente orillarse.

En definitiva, sostiene el Fiscal General del Estado, es el principio de proporcionalidad de las penas, en relación con los artículos 25.1 y 17.1 CE, al que responde el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y sobre el que han sido oídas las partes, por lo que se configura como parámetro de la constitucionalidad del precepto cuestionado.

b) En cuanto al tema de fondo planteado, tras reproducir la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad recogida en la STC 136/1999, de 20 de julio (FJ 23), señala que, de conformidad con la referida doctrina, para determinar si el legislador penal ha vulnerado el principio de proporcionalidad, tanto en la configuración de los tipos penales como en concreto en la comparación directa entre el desvalor del comportamiento tipificado y la cuantía de la sanción, ha de comprobarse que el bien jurídico protegido por la norma y los fines mediatos e inmediatos de protección de la misma no están constitucionalmente proscritos, ni son socialmente irrelevantes, debiendo, además, ser la pena idónea o instrumentalmente apta para alcanzar esos fines, así como necesaria y en sentido estricto proporcionada, esto es, se requiere la existencia de proporción entre las respectivas gravedades del delito y de la pena. Así pues, ha de analizarse el precepto cuestionado desde la óptica de los bienes jurídicos protegidos por la norma y de los fines mediatos e inmediatos de protección de la misma, teniendo en cuenta las dudas expuestas por el Juez proponente.

Aunque el precepto está situado en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, esto es, en el Título de las lesiones, no es sólo la integridad física o psíquica el bien jurídico protegido, sino también la libertad, al contemplarse en él las conductas de amenazas. Por otra parte, dado los sujetos pasivos contra los que se dirige la acción, parece claro que se trata de proteger estos bienes en el ámbito concreto familiar, en lo que es comúnmente conocido como violencia de género o doméstica, y la finalidad de protección de la norma es conseguir la erradicación de tales conductas y la mejor protección de las víctimas, para lo que se pretende que el tipo delictivo

alcance a cualquiera de las manifestaciones de dicha violencia y así permitir reacciones penológicas (prisión) no posibles en su anterior configuración legal, como se recoge en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

Por tanto, ni los bienes jurídicos protegidos por la norma, ni los fines de protección de la misma están constitucionalmente proscritos, ni son socialmente irrelevantes, ni, en fin, las penas previstas constituyen un instrumento no idóneo cualitativamente para conseguir la desaparición de tales comportamientos delictivos.

c) El órgano judicial cuestiona en realidad la desproporción en sentido estricto de la sanción. En este sentido, frente a la argumentación del Auto de planteamiento, el Fiscal General del Estado entiende que la referencia a la legislación derogada, esto es, a la comparación de las sanciones entre la precedente configuración legal y la actualmente en vigor, no puede constituir argumento para sostener la desproporción de la sanción, pues corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, así como buscar un modelo de convivencia social y seleccionar los comportamientos atentatorios contra dicho modelo y determinar las sanciones penales necesarias para la preservación de tal modelo, sin que en tales tareas el legislador tenga vetado ni la creación de nuevas figuras delictivas, ni el endurecimiento de la respuesta penal cuando la reacción prevista en el ordenamiento jurídico se constate como insuficiente.

De otra parte, la mera alusión a la suficiencia de medios alternativos tampoco le parece al Fiscal General argumento suficiente, de conformidad con la doctrina recogida en la STC 161/1997, de 2 de octubre (FJ 11), ante la falta de mención de algún medio concreto alternativo, pues han de exponerse cuáles son esos posibles medios alternativos para poder constatar palmariamente su menor intensidad coactiva y su funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique como desproporcionada, de modo que sin ello es imposible analizar la manifiesta suficiencia de dicho medio alternativo.

d) Ahora bien, que ninguno de los datos ofrecidos por el Juez proponente puedan servir de base para estimar concurrente la desproporción sancionadora, no impide sin embargo examinar la desproporción a la luz de la doctrina constitucional existente, por cuanto parece claro que se ha atribuido una pena prevista para las infracciones delictivas a un comportamiento conceptuado como falta y que sigue teniendo tal conceptuación en la generalidad de los casos en que se produce, por lo que en principio puede suscitar dudas de constitucionalidad (STC 136/1999).

La decisión del legislador de conceptuar como delictivo cualquier comportamiento producido en el ámbito de la violencia doméstica o de género, para anudar al mismo una respuesta penológica que posibilite incluso el ingreso en prisión, no sólo no se aparta de los valores constitucionalmente tutelados, sino que persigue una mayor protección de los mismos, ante la gravedad del problema de la delincuencia de que se trata y de la percepción de la escasa respuesta punitiva existente, lo que conlleva la desprotección de las víctimas, tanto porque un reproche penal insuficiente había permitido la no denuncia y la consiguiente no detección de los hechos, cuanto su reiteración, como su agravamiento, produciéndose resultados ya luctuosos, ya de una gravedad extrema.

Por lo demás, el agravamiento de la respuesta penal, cuando de delitos contra las personas se trata, por concurrir relaciones de afectividad o parentales, no es ajeno a la actividad legislativa, dado que ello tiene una fuerte tradición jurídica en nuestro país, no sólo a través de la comúnmente conocida como circunstancia agravante de parentesco, cuanto en la creación de tipos penales específicos por existir tal relación entre agresor y víctima.

Por ello ni desde el punto de vista de los valores constitucionalmente protegidos, ni desde la propia actividad legislativa puede hablarse de desequilibrio patente, excesivo o irrazonable.

Por otra parte, contemplar como circunstancia de agravación, o como subtipos cualificados, la realización del hecho en el domicilio o morada de la víctima, o con empleo de armas, o en presencia de menores, que en sí mismas no son cuestionadas, tampoco puede considerarse reprochable por desproporcionado, por estar la mayor parte de tales circunstancias previstas como agravantes, genéricas o cualificas, en nuestro ordenamiento jurídico. Tal es el caso de la morada o de la utilización de armas o medios peligrosos, sin que la adición de la presencia de menores merezca reproche alguno, dado que la agravación se explica en la vulneración de los derechos de éstos, al presenciar agresiones o amenazas en el ámbito familiar.

Por último, el Fiscal General indica que tanto la extensión de la pena de prisión prevista, que posibilitaría su sustitución o la concesión de los beneficios de la suspensión de condena, cuanto su no previsión como pena única, al contemplarse alternativamente una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, notoriamente menos gravosa, no pueden considerarse como circunstancias ajenas a la cuestión controvertida, al ser instrumentos de indudable trascendencia para adecuar la proporcionalidad de la sanción al caso concreto.

3. Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional para no admitir a trámite la cuestión planteada.

En la determinación de la viabilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad en cuanto al

tema de fondo suscitado es necesario traer a colación la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad de las penas, recogida principalmente y en toda su extensión en las SSTC 55/1996, de 8 de marzo (FFJJ 6 a 9); 161/1997, de 2 de octubre (FFJJ 8 a 13), y 136/1999, de 20 de julio (FFJJ 22 a 30).

a) El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, de modo que si se aduce la existencia de desproporción debe alegarse primero, y enjuiciarse después, en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados. En este sentido este Tribunal tiene declarado en las referidas Sentencias que es el de los derechos fundamentales el ámbito en el que normalmente y de forma particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad y, más concretamente, que en materia penal el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos que la Constitución garantiza puede producirse, bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal, o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito.

En este caso en el que el órgano judicial proponente lo que plantea es la posible desproporción de la extensión de la pena de privación de libertad en relación con algunas de las figuras delictivas que se tipifican en el precepto legal cuestionado, es evidente, frente a la cita que se hace en el Auto de planteamiento de los preceptos constitucionales supuestamente infringidos, que la pretendida desproporción afecta, como precisa también el Fiscal General del Estado, al artículo 25.1, en relación con el derecho a la libertad personal recogido en el artículo 17, ambos CE.

b) El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado debe partir en esta sede constitucional de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de esta potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad, que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que ha de atender, no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera, y que podrían catalogarse como funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la combinación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.–, y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena.

El juicio que procede en esta sede, en protección de los derechos fundamentales, debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca «un patente derroche inútil de coacción que convierte a la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho» (STC 55/1996, FJ 8), o una «actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona» (STC 55/1996, FJ 9) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma. «Lejos (pues) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma» (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, FJ 23).

Expresado en síntesis, cabe afirmar la proporcionalidad de una sanción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena además habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada. En suma para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos o mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis si el sacrificio de la libertad que impone la

norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes. En segundo lugar deberá indagarse si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesaria, cuando «a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 55/1996, FFJJ 8 y 9; 136/1999, FJ 23).

A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de examinarse la duda de constitucionalidad que al órgano judicial le suscita el artículo 153 CP en la redacción vigente dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Como se indica en su exposición de motivos con el artículo 153, junto con otros preceptos también objeto de la mencionada reforma, el legislador ha pretendido afrontar y combatir el fenómeno de la violencia doméstica, que «tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar» y «es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de esos delitos». Al respecto, los delitos relacionados con la violencia doméstica son objeto de preferente atención en la citada reforma legislativa, a fin de que «el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos», para lo cual se incrementa «de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que pueden afectar al bien jurídico protegido». En concreto, en el artículo 153 CP el legislador ha procedido a incluir en él «las conductas consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, (que) cuando se cometan en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas» (exposición de motivos III).

En otras palabras, con la vigente redacción del artículo 153 del CP el legislador ha elevado a la categoría de delito conductas contempladas como faltas en la regulación anterior del Código Penal (artículo 617) cuando se cometan contra alguna de las personas que se citan en el artículo 173.2 del CP, elevándose también, en consecuencia, la sanción a imponer en atención al ámbito doméstico en el que aquellas conductas se producen; esto es, al círculo o relación especial que existe entre los sujetos pasivos y el agresor.

El órgano judicial proponente en ningún momento cuestiona en el Auto de planteamiento la relevancia social ni la entidad constitucional de los bienes o intereses que el precepto examinado pretende proteger, así como tampoco la idoneidad de las sanciones previstas, sino únicamente y en relación con determinadas figuras delictivas tipificadas en el precepto la necesidad de la pena de privación de libertad y su proporcionalidad en sentido estricto.

Aunque la duda de constitucionalidad se contrae a los aspectos indicados, no puede dejar de resaltarse desde nuestro específico control de constitucionalidad, ante el problema social de primera magnitud que en nuestro país representa la violencia doméstica, la relevancia social de los bienes o intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE), o, también entre otros, la protección de la familia (artículo 39). Asimismo tampoco cabe dudar de la idoneidad de las sanciones previstas en el precepto cuestionado, al tratarse de medidas que con toda seguridad pueden contribuir a evitar, como con ellas y en especial con la pena de prisión ha pretendido el legislador según ha quedado explicitado en la exposición de motivos de la Ley, la realización de actos de violencia doméstica, persiguiendo en lo posible su erradicación, y a alcanzar y asegurar la mejor y más adecuada protección de las víctimas y una pacífica convivencia en el ámbito doméstico.

El órgano judicial proponente cuestiona, en primer término, como ya se ha indicado, la necesidad de la pena de prisión en relación con algunas de las conductas delictivas tipificadas en el precepto legal, al considerar que existen medios alternativos suficientes para la consecución de la finalidad perseguida por el legislador de castigar el ilícito y pacificar las relaciones entre los sujetos descritos en la norma, al margen de la pena privativa de libertad.

Ha de recordarse al respecto que el control de constitucionalidad sobre la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero con la misma eficacia tiene un alcance y una intensidad muy limitados, so pena de arrogarse este Tribunal un papel de legislador imaginario que no le corresponde, y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido, de modo que sólo si a la luz de un razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de las sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo del derecho para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento. Por ello desde la perspectiva que ahora nos ocupa la tacha o el reproche de desproporcionalidad sólo será aplicable, cuando las medidas alternativas sean palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critica por desproporcionada (SSTC 55/1996, FJ 8; 161/1997, FJ 11; 136/1999, FJ 28).

Para rechazar en el extremo que ahora nos ocupa la duda de constitucionalidad del órgano judicial, basta con reparar, en primer término, y como pone de manifiesto el Fiscal General del Estado, en que al respecto el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se muestra huérfano de todo razonamiento, pues ni siquiera se indica o menciona en aquél medida alternativa alguna a la pena de prisión prevista por el legislador, ni nada se argumenta, por tanto, sobre la existencia de medida de menor intensidad y de una funcionalidad similar a la legalmente establecida; en segundo lugar, que la pena de prisión no es la única que como pena principal se recoge en el precepto legal cuestionado, sino que, por el contrario, como permite apreciar su lectura, tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que en ningún caso la pena de prisión es de imposición obligatoria; y, en tercer lugar, que las conductas que se sancionan en el precepto en ningún caso constituyen ni resultan amparadas por el ejercicio legítimo de algún derecho proclamado en la Constitución española, de modo que «no estamos ante un ámbito tutelado por esos derechos fundamentales y, en consecuencia, la protección frente a sacrificios innecesarios o excesivos es sin duda menor» (STC 136/1999, FJ 28). La concurrencia de las circunstancias expresadas, junto a la importancia de los bienes e intereses que pretende tutelar el precepto penal cuestionado y al control de constitucionalidad reservado a este Tribunal en este ámbito, conducen a concluir que no puede prosperar la duda de constitucionalidad del órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad en el sentido de considerar que la pena de prisión prevista por el legislador resulte innecesaria.

Por último el órgano judicial estima desproporcionada en su extensión o duración la pena de prisión de nueve meses a un año prevista en el precepto cuestionado para los malos tratos domésticos que califica de carácter venial o que no causan lesiones, cuando los mismos tengan lugar en el domicilio común del agresor y de la victima, en el de ésta o en presencia de menores.

El juicio estricto de proporcionalidad, que es el aspecto ahora cuestionado, es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir –y, en general, los beneficios que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– y la gravedad de la pena que se impone –y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales (STC 136/1999, FJ 29). Juicio, hemos de recordar una vez más, que corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa, que se rige, por lo demás, a la hora de delimitar el marco abstracto de la pena que se establece para un determinado tipo delictivo, por una multiplicidad de criterios que debe conjugar. No obstante esa relación de proporcionalidad en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona. Sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional, debiendo partirse para su realización de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa (STC 55/1996, FJ 9).

Pues bien, para rechazar también en este aspecto la duda de constitucionalidad del órgano proponente es suficiente con poner de manifiesto, en primer término, la falta de un mínimo razonamiento o argumentación en el Auto de planteamiento de la cuestión que sirva de sustento a la apodíctica afirmación de que la pena de prisión prevista puede resultar desproporcionada en su extensión, así como, en segundo lugar, y como ya se ha indicado, que la pena de prisión no es la única que como pena principal se prevé en el precepto legal cuestionado, sino que, por el contrario, como permite apreciar su lectura, tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que en ningún caso la pena de prisión es de imposición obligatoria. Ambas circunstancias, unidas a los importantes bienes e intereses protegidos por el precepto legal cuestionado, y a pesar de la indudable severidad sancionadora que puede suponer cuando se imponga la pena de prisión, no permiten

apreciar en este caso un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta y la sanción, que conduzca a afirmar la infracción constitucional que asevera el órgano judicial.

Al alcanzar esta conclusión, en modo alguno puede obviarse que la dimensión que el fenómeno social de la violencia doméstica reviste actualmente en nuestro país ha obligado al legislador a reformar la legislación penal, al objeto de incluir y tipificar como delito, como se indica explícitamente en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, «todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido» por el tipo penal, de modo que no quedaran fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de conducta violenta en el ámbito doméstico. Tal respuesta penológica, como señala el Fiscal General del Estado, no sólo no se aparta de los valores constitucionalmente tutelados por la norma, sino que persigue una mayor y más eficaz protección de los mismos ante la envergadura que en nuestra sociedad ha adquirido la violencia doméstica y la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente ante dicho fenómeno y, por consiguiente, de la insuficiente protección conferida a las víctimas. Pero además el legislador ha combinado esta ampliación con la puesta a disposición del órgano judicial de resortes necesarios, como lo es la alternativa entre la pena prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad, a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de esas conductas de violencia doméstica; esto es, para atemperar la sanción penal a la entidad de las conductas de violencia doméstica, que si bien en unas ocasiones pueden revestir menor trascendencia que en otras en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes.

No es causa para declarar la nulidad de actuaciones que no se diese traslado al Ministerio Fiscal del recurso de apelación planteado contra la sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SEC. 4.ª, AUTO 151/2004, DE 27 DE ABRIL

ANÁLISIS DEL CASO

- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cáceres se dictó Sentencia de fecha 17 de junio de 2002 en autos núm. 232-2002, por la que estimaba parcialmente la demanda de modificación de las medidas adoptadas en previo proceso de separación, acordando la reducción de la pensión alimenticia y la ampliación del régimen de visitas entre la hija y su padre.

- La anterior Sentencia fue recurrida en apelación por la madre demandada, siendo estimado parcialmente el recurso mediante Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección Segunda) de fecha de 24 de septiembre de 2002, que aumentó en parte la pensión alimenticia y restringió el régimen de visitas entre el Sr. Carrillo y su hija.

- Por último, el demandante apelado promovió incidente de nulidad de actuaciones fundado en defecto de forma causante de indefensión a la menor, consistente en no haberse dado traslado al Ministerio Fiscal del recurso de apelación, incidente que fue inadmitido a trámite por Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección Segunda) de fecha 28 de octubre de 2002.

- Don Alonso interpuso recurso de amparo contra el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección Segunda) de fecha de 28 de octubre de 2002, que acuerda la inadmisión a trámite de incidente de nulidad de actuaciones en rollo de apelación núm. 234-2002, siendo inadmitido por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la demanda de amparo se alega vulneración de los derechos de la menor, en particular del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), que en ambos casos se funda en que se ha imposibilitado la contradicción y la defensa de los intereses de la menor al no haberse dado traslado del recurso de apelación al Ministerio Fiscal, cuando su intervención era preceptiva al estar implicado el interés de una menor.

El Ministerio Fiscal formuló alegaciones mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 14 de enero de 2004, interesando la inadmisión de la demanda ante su manifiesta carencia de contenido constitucional, entre otras razones porque debió haber sido el propio Fiscal quien denunciara las supuesta vulneración afirmada.

Tras las alegaciones del demandante y del Ministerio Fiscal, efectuadas en el trámite abierto al amparo del artículo 50.3 LOTC, el Tribunal Constitucional concluye que dada la falta de contenido constitucional de la demanda de amparo no se justifica un pronunciamiento en Sentencia sobre las pretendidas lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE).

En la tarea de delimitación del ámbito del presente amparo debe advertirse que la denuncia de una presunta lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) es meramente retórica, pues no funda el demandante qué garantía distinta de la contradicción (artículo 24.2 CE) o de la prohibición de indefensión (artículo 24.1 CE) ha sido infringida en el proceso del que dimana el presente amparo. Por lo que, como bien advierte el Ministerio Fiscal ante este Tribunal, el objeto del presente amparo debe ceñirse a la supuesta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la menor interesada en el proceso de modificación de medidas (artículo 24.1 CE), como consecuencia de la falta de emplazamiento e intervención del Fiscal en la tramitación del recurso de apelación cuando su participación era preceptiva por estar implicado el interés de una menor.

Acreditada la comisión de una irregularidad procedimental, al no constar la intervención del Ministerio público en un proceso en el que estaba interesada una menor (artículo 749.2 LEC), sin embargo, se debe poner de manifiesto la carencia manifiesta de contenido de la demanda, toda vez que, con arreglo a consolidada doctrina de este Tribunal, recordada en la STC 185/2003, de 27 de octubre (FJ 4), «para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado» (STC 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2, citando SSTC 290/1993, de 4 de octubre, FJ 4; 121/1995, de 18 de julio, FJ 4; 62/1998, de 17 de marzo, FFJJ 3 y 4), de modo que «en ningún caso puede equipararse la idea de indefensión en su sentido jurídico-constitucional con cualquier infracción o vulneración de normas procesales que los órganos jurisdiccionales puedan cometer» (SSTC 59/1998, FJ 2 y 37/2003, FJ 5, entre otras).

En el presente caso no se ha producido tal tipo de indefensión porque el Fiscal, a quien correspondía velar por los intereses de la menor en el proceso de modificación de medidas y que no intervino durante la segunda instancia, una vez se le notificó la Sentencia de apelación, así como la resolución del archivo del asunto, no realizó alegación alguna ni efectuó ninguna impugnación ni petición de nulidad, como tuvo la oportunidad de hacer y debería haber hecho de apreciar que la Sentencia de segunda instancia ocasionaba algún perjuicio para la menor, aquietándose por el contrario el «defensor legal» de los derechos e intereses de la menor con el contenido de la Sentencia de apelación.

FILIACIÓN

No es necesario demandar en el procedimiento de reclamación de paternidad al compañero sentimental de la madre aunque esté ejerciendo las funciones de la patria potestad desde el nacimiento del menor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 2003

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Alonso interpuso demanda de menor cuantía contra doña María José, como titular de la patria potestad sobre el menor Héctor, solicitando se dictara sentencia por la que se declarase que el demandante «es padre biológico del menor Héctor, acordando que la nueva filiación auténtica del mismo sea la de Carlos Manuel, y acordando la impugnación de la filiación aparente que consta en el Registro Civil (hijo no matrimonial de doña María José), disponiendo la nueva inscripción de la filiación auténtica en el Registro Civil y la cancelación de la filiación aparente en el mismo».

⊙ La demandada compareció y contestó a la demanda proponiendo las excepciones de falta de competencia territorial, falta de legitimación activa y falta de litisconsorcio pasivo necesario, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando se dictara sentencia por la que: «1.º- Estime la excepción de falta de competencia territorial del Juzgado de Arganda del Rey para conocer de la presente demanda, así como, alternativamente, la de falta de legitimación activa del Sr. Alonso para interponerla, y la de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse dirigido también la demanda contra don Casimiro, quien goza de la posesión del estado de padre desde casi el nacimiento del niño. 2.º- Subsidiariamente, para el caso de no estimar alguna o algunas de las excepciones indicadas, desestime la demanda interpuesta de contrario, absolviendo a esta parte de todos sus pedimentos. 3.º- Imponga en todo caso las costas causadas en el juicio a la parte actora, con expresa declaración de mala fe».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Arganda del Rey dictó Sentencia el 2 de septiembre de 1996 estimando íntegramente la demanda y declarando que don Alonso es el padre de Héctor respecto al que le une una relación de filiación extramatrimonial.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 15 de enero de 1998 desestimando el recurso interpuesto por doña María José.

⊙ Doña María José interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presente recurso de casación, articulado en dos motivos que se amparan en el artículo 1692 LEC de 1881, se interpone contra una sentencia que, en apelación, confirmó la de primera instancia declarando la paternidad extramatrimonial del demandante respecto del niño alumbrado por la demandada poco más de un año antes de interponerse la demanda, fundándose la sentencia impugnada en el resultado de la prueba biológica acordada por el propio tribunal de apelación como diligencia para mejor proveer y en el rechazo de las excepciones de falta de legitimación activa y litisconsorcio pasivo necesario opuestas por la madre del niño en su contestación a la demanda.

El primer motivo del recurso, formulado al amparo del ordinal 3.º de dicho artículo 1692 por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, se funda en el incumplimiento del plazo señalado para la práctica de las diligencias para mejor proveer en el artículo 341 de la citada ley procesal, destacando la recurrente cómo tuvo que suplir de oficio el tribunal sentenciador la inactividad y desinterés del actor, proponente en su día de la prueba, el cual dejó por dos veces de comparecer el día señalado para la toma de muestras de sangre y solamente lo hizo a la tercera citación, por lo que la prueba acabó practicándose con varios meses de retraso.

Así planteado, el motivo ha de ser desestimado porque, amén de no razonarse mínimamente la indefensión que la recurrente dice haber sufrido, ya que su alegación al respecto se reduce en realidad a la queja de que su incomparecencia a la misma prueba durante la primera instancia se valoró por la sentencia del mismo grado como negativa injustificada que en unión de las demás pruebas determinaba la estimación de la demanda, tal planteamiento desconoce el importante componente de orden público presente en los procesos de filiación que debilita correlativamente los principios dispositivos y de aportación de parte, según resultaba del hoy derogado artículo 127 del Código Civil en relación con el artículo 39.2 de la Constitución y con la doctrina del Tribunal Constitucional en sus sentencias 7/1994 y 95/1999 en cuanto imponen al juzgador una especial atención para el logro de la prueba biológica; según resulta ahora, con más claridad si cabe, de los artículos 751 y 752 LEC de 2000, y, en fin, según ha declarado esta Sala, específicamente sobre la obligación de los tribunales de procurar la práctica de la prueba biológica y sobre pruebas de esta clase no practicadas dentro del período probatorio y acordadas para mejor proveer, en sus Sentencias de 6 de octubre de 1993, 1 de julio de 1996, 20 de febrero y 26 de septiembre de 1997, 18 de febrero y 7 marzo de 1998 y 27 de noviembre de 2001.

El segundo y último motivo del recurso, formulado al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC de 1881 y fundado en infracción de los artículos 131 y 133 CC, impugna la sentencia recurrida por no haber apreciado la falta de legitimación activa del demandante, pese a no existir posesión de estado, ni la falta de litisconsorcio pasivo necesario pese a no haberse dirigido también la demanda contra quien vivía con la madre y gozaba así de posesión de estado respecto del niño desde su nacimiento mismo.

También este motivo ha de ser desestimado. En cuanto a la falta de legitimación activa por inexistencia de posesión de estado del demandante respecto del niño, porque no es cierto que la sentencia impugnada, al remitirse sobre este punto a la de primera instancia, se limite a dar por bueno un escueto razonamiento de esta última sobre la legitimación activa de todo progenitor o de quien pretenda serlo, pues basta con seguir leyendo la misma sentencia de primera instancia para comprobar que aprecia la discutida posesión de estado del demandante con base en unos determinados hechos (especial relación del demandante con el niño, tenencia por aquél de reportajes fotográficos y cintas de vídeo de momentos muy determinados y significativos, ingresos bancarios de cantidades a nombre de niño y falta de continuidad total explicable por no convivir con la madre) de los que la recurrente prescinde total y absolutamente en el motivo, siendo por tanto aplicable la doctrina de esta Sala que impide discutir en casación la posesión de estado apreciada en la instancia si no se respetan los hechos probados que la sustentan o no se impugnan por la vía adecuada del error de derecho por infracción de alguna norma que contenga regla legal de valoración de la prueba (SSTS de 2 de marzo de 1994, 6 de mayo de 1997 y 29 de julio de 1997, que a su vez citan otras muchas anteriores). Y en cuanto a la falta de litisconsorcio pasivo necesario, porque una cosa es la posesión de estado y otra distinta la especial relación que con el niño pueda tener quien convive con su madre y únicamente por razón de tal convivencia, sin que ésta pueda justificar por sí sola su obligada llamada al proceso.

FILIACIÓN

Inadmisión del recurso de casación interpuesto por el padre cuya filiación se ha declarado en la sentencia en el que alega la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la madre del actor, ya que a su entender también le afecta la sentencia dictada.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, AUTO DE 20 DE ENERO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Iván, presentó ante esta Sala escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 13 de diciembre de 2000 por la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda en el rollo núm. 245/2000, dimanante de los autos núm. 105/2000 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de León.

- Entregadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste las ha devuelto con la fórmula de «Visto».

- El Tribunal Supremo no admitió a trámite el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo de casación se ampara en el núm. 4.º del artículo 1692 LEC de 1881, y en el se denuncia como vulnerado el artículo 24.2 de la Constitución y la doctrina del Tribunal Supremo en la configuración del litisconsorcio pasivo necesario.

Estima el recurrente que concurre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por entender que la relación jurídico-procesal ha sido deficientemente constituida al no haber sido dirigida la demanda contra la madre del actor –quien reclama su filiación no matrimonial frente al demandado recurrente– alegando que dicha excepción es apreciable de oficio, y que a ello no empece que haya declarado en el litigio como testigo, entendiendo que de mantenerse la sentencia impugnada se plantearían importantes problemas para la eficacia de la cosa juzgada, que no alcanzaría a la madre del demandante, quien siempre podría actuar en discordancia con lo resuelto, y cita en apoyo de tales manifestaciones varias Sentencias de esta Sala y una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Supremo, dice.

Así expuesto el motivo, lo primero que debe advertirse es que no da cumplimiento a las exigencias del artículo 1707 de la LEC de 1881 y a la doctrina de esta Sala relativa a la invocación en esta sede de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, según la cual ha de hacerse mediante la cita de dos o más sentencias, cuya doctrina sea coincidente y guarde la debida relación con el caso concreto de que se trate (SSTS de 27 de abril de 1993, 18 de mayo de 1995, 15 de marzo de 1996, 9 de diciembre de 1999 y 9 de junio de 2000), en lo que es una síntesis de la reiteradísima doctrina sobre la alegación como motivo de casación de infracción de la jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de debate (ordinal 4.º del artículo 1692 de la LEC de 1881), según la cual ha de expresarse en qué sentido concreto ha sido infringida en el supuesto, lo que equivale a razonar su pertinencia y fundamentación, siendo preciso, por tanto, no sólo citar dos o más sentencias de esta Sala, sino también que contengan una doctrina coincidente sobre un supuesto similar al objeto del litigio, y razonar cómo, cuándo y en qué se habría infringido por la sentencia recurrida, razonamiento que impone tanto el citado artículo 1707 LEC como la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 21 de abril de 1992, 20 de mayo de 1992, 23 de marzo de 1993, 14 de junio de 1996, 24 de mayo de 1997 y 1 de junio de 2000), lo que evidente-

mente no se hace en el motivo. Todo ello determina la concurrencia de la causa de inadmisión de inobservancia del artículo 1707 de la LEC de 1881.

Pero además, aun prescindiendo de las anteriores consideraciones de índole formal, el motivo carece manifiestamente de fundamento, ya que, aun cuando pretende fundamentar la concurrencia de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en la eficacia *erga omnes* de la sentencia impugnada, prescinde de la acción ejercitada en la demanda que fue la de reclamación de filiación no matrimonial, como lo demuestra el hecho de que una de las sentencias de esta Sala que invoca –de 5 de marzo de 1963– se dictó en un litigio en el que se discutía la filiación materna y paterna de la allí demandada, alegando una maternidad distinta de la obrante en el acta de nacimiento, cuya nulidad se pretendía, y desconociendo la doctrina de esta Sala de la que es muestra la sentencia de 18 de mayo de 2001, ponente Sr. Vázquez Sandes, dictada en el recurso 1285/1996, en la que se deja dicho «se sostiene la invocada existencia de litisconsorcio pasivo necesario, excepcionada por entenderla vulnerada así, al no haberse demandado a la madre del actor y tal argumentación carece de base sostenible pues descansando dicho presupuesto procesal en un interés legítimo para no quedar fuera del proceso, no tiene por qué ser demandado quien nada tiene que defender en él –Sentencias de 11 de febrero, 9 de abril, 22 de mayo, 8 de junio, 17 de septiembre y 4 de noviembre de 1985 y 13 de junio de 1987– y aquí, siguiendo la tesis del recurrente, se produciría una doble carencia cual es la del demandante al tener legal y voluntariamente reconocida su filiación materna y también la de la madre a la que no cabe demandar por aquello que previamente ha concedido, primeramente a través de la promoción de la inscripción registral y después por reconocimiento en escritura pública señalando al demandado como progenitor de su reconocido hijo, y si a esta falta de interés que respaldase acción y oposición para ser parte en el proceso añadimos que la relación filial a determinar queda supeditada únicamente a la del hijo que la reclama y a la del progenitor que no la admite, o la niega, como resulta de los artículos 120, 122, 124, 128, 137 y demás concordantes del Código Civil, al quedar aquí esa relación ineludiblemente establecida entre demandante y demandado, sin posibilidad de ser pretendida o impugnada por otros, el motivo de recurso tiene que ser desestimado».

FILIACIÓN

Estimación de la demanda de reclamación de paternidad con base en la declaración de la propia madre del actor, la de un testigo que declaró, sin precisar fecha, haber visto al demandado con la madre del actor, y a la aportación de una fotografía de grupo, unido todo ello a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Romero Lorenzo

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Iván interpuso demanda de menor cuantía a don Alonso sobre ejercicio de la acción de filiación, solicitando se dicte sentencia por la que se declare que el demandado es el padre de don Iván, con los efectos registrales y legales de todo género a que haya lugar, condenándole a estar y pasar por ello, con expresa condena de las costas del presente juicio.

⊙ Admitida la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos solicitando la desestimación de la demanda.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Inca dictó Sentencia el 2 de septiembre de 1996 estimando la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Palma de Mallorca dictó Sentencia el 3 de marzo de 1998 desestimando el recurso interpuesto por don Alonso.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primero de los motivos se denuncia la infracción del artículo 116 de Código Civil, que entiende aplicable el recurrente, pues el nacimiento del actor tuvo lugar después de la celebración del matrimonio de su madre y antes de los 300 días siguientes a la disolución del mismo, pese a lo cual la sentencia impugnada no tuvo en cuenta dicho precepto por afirmar que la presunción que el mismo establece era *iuris tantum* y, por tanto, admitía prueba en contrario. Se añade que la madre del actor ha reconocido que en la época de la concepción del mismo mantenía relaciones sexuales con su marido, por lo que concurre la excepción *plurium concubentium*. Por otra parte no se ha probado que hubiese realizado el demandado algún acto de reconocimiento de la filiación durante los 35 años transcurridos desde el nacimiento del Sr. Iván hasta la interposición de la demanda; tampoco el actor o su madre han intentado durante tan largo período de tiempo conseguir un hipotético reconocimiento.

Frente a estas alegaciones del recurrente debe tenerse en cuenta que por el mismo se está intentando someter a revisión la valoración probatoria realizada por el Tribunal de apelación, tratando de convertir el recurso de casación en una tercera instancia, lo que es totalmente inaceptable, cuando, como aquí acontece, aquella apreciación no puede ser calificada de absurda o ilógica.

Es de resaltar que, como acertadamente se precisa en la sentencia recurrida, es espíritu informador de la Ley de 13 de mayo de 1981 el de lograr que en materia de determinación del estado civil de una persona prevalezca la verdad biológica o real sobre la presunta, en cumplimiento del mandato expresado por el artículo 39.2 de la Constitución.

A través de dicho prisma se analiza por la Audiencia Provincial la que se reconoce como débil prueba aportada por la parte actora pero que evidencia que la madre del demandante y el demandado se conocieron en la época en que hubo de producirse la concepción y fueron vistos juntos en horas nocturnas, conservando aquélla una fotografía en que aparecen ambos; además, aquella señora en su declaración testifical ha señalado detalles del caso que el Juez de primera instancia consideró que daban especial verosimilitud al hecho que constituye fundamento de la demanda.

A partir de tales datos, el Tribunal de apelación ha llegado a la conclusión de que la del actor no era una pretensión frívola o abusiva y que la demora registrada en la formulación de la misma era explicable por motivos sociológicos y aun por el desconocimiento por parte del Sr. Iván de los hechos fundamentales en que la misma se basa.

Ha de aceptarse este planteamiento de la sentencia recurrida pues encuentra un decisivo apoyo en la rotunda negativa del demandado, primero a la admisión de la prueba biológica propuesta por la parte actora y luego a someterse a la misma tanto en período probatorio, como cuando fue requerido para la práctica de la diligencia para mejor proveer acordada por el Juzgado.

Por la estrecha relación que guardan con cuanto se está razonando las alegaciones formuladas por el demandado en el tercer motivo de su recurso, procede abordar en este momento la consideración del tema en el mismo planteado, a saber el de determinar si la Audiencia Provincial ha infringido la doctrina jurisprudencial que afirma que la negativa a la prueba biológica en litigios sobre filiación no implica *per se* una *ficta confessio*, máxime en aquellos casos en que no existen indicios fundados de los hechos que se pretenden demostrar.

El razonamiento del demandado no es convincente, pues como recuerda la Audiencia Provincial, con cita expresa de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994, en los supuestos que pudiéramos calificar de intermedios resulta esencial la prueba biológica, cuya fiabilidad roza el 100%. Por ello, constituiría una clara vulneración del terminante mandato constitucional antes mencionado, dejar sin el medio probatorio más valioso a quien de buena fe ha instado el reconocimiento de su filiación, dado que la prueba en cuestión no implica intromisión alguna en el derecho a la intimidad y al honor del hoy recurrente.

Como ha tenido ocasión de declarar esta Sala, 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 impone el artículo 118 del texto fundamental, conlleva el deber de aquel litigante de aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir

la verdad (S. de 7 de julio de 2003). Doctrina que es especialmente aplicable al caso objeto de controversia, pues de reconocerse indebida prevalencia a los derechos a la intimidad y al honor del demandado se negaría al actor la tutela judicial efectiva que ha instado para sus legítimos derechos a la igualdad, sin discriminación por razón de nacimiento (artículo 14 CE) y a la protección integral de su condición de hijo, con independencia de su filiación (artículo 39.2 CE), cuyo superior rango excluye cualquier ilegitimidad de la intromisión que en los del Sr. Alonso pudiera significar la investigación de la paternidad solicitada.

En atención a todo lo expuesto procede desestimar los dos motivos objeto de conjunta consideración.

En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 1253 del Código Civil, por cuanto el hecho base que se recoge en la sentencia impugnada se reduce a la declaración de la propia madre del actor, a la de un testigo que sin poder precisar fechas dice haber visto de noche a aquella señora con el demandado y a la aportación de una fotografía en la que figuran estas personas entre otros 13 jóvenes, lo que impide entender que este documento guarda relación con los hechos objeto de controversia.

Se afirma que son datos de los que puede deducirse a lo sumo que la madre del actor y el recurrente se hayan conocido, pero en modo alguno dan base para afirmar que los mismos hubieran mantenido relaciones sexuales.

Con esta argumentación, la parte recurrente está de nuevo tratando de someter a revisión la valoración probatoria realizada por el Tribunal de instancia, lo cual ya se ha dicho que resulta absolutamente inaceptable.

Debe, además, tenerse en cuenta que por el Juzgado de Primera Instancia se ha concedido especial relevancia a la declaración testifical prestada por la madre del actor, la cual manifestó: a) Que trabajaba en la finca de los padres del demandado habiendo conocido a éste, con el que mantuvo relaciones sexuales en varias ocasiones; b) Que al nacer el actor le dijo al demandado que era hijo suyo y que se le parecía mucho, lo que el Sr. Alonso admitió, contestando que no podía reconocerlo por estar casado y tener hijos; c) Que su marido no había puesto reparos a su paternidad, habiendo fallecido en 1971; d) Que por la situación familiar del demandado nada había dicho desde entonces, ni nada había reclamado para el actor.

También la Audiencia Provincial resalta que la madre del actor ha dado detalles del caso que merecieron verosimilitud para el Juez de Instancia, pues aquella señora aun pudiendo tener interés en la controversia se ha expresado en términos tales que no inducen a pensar en motivos desviados y espurios en su declaración.

Finalmente, ha de insistirse en la idea de la especial facilidad probatoria de que disponía el recurrente para esclarecer totalmente la controversia, pese a lo cual se negó a la práctica de la prueba biológica aduciendo la intromisión en su derecho a la intimidad y al honor que la misma supondría, alegación que resulta absolutamente irrelevante dada la naturaleza de los intereses en juego.

FILIACIÓN

Desestimación de la demanda interpuesta por el padre para la cancelación de la inscripción de nacimiento y basada en presuntas irregularidades formales, y con la que pretende una impugnación de la paternidad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Bartolomé, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía sobre cancelación de asiento de inscripción de nacimiento, siendo parte demandada doña Yolanda y su hijo don Francisco, y por otro lado el Ministerio Fiscal; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «estimando nuestros pedimentos, acordando se cancele el asiento de la inscripción de nacimiento del demandado Sr.

Francisco, en los Registros Central Civil y Consular de Atenas, con expresa condena en costas, en su caso de oponerse, por su temeridad y mala fe».

- Por Providencia de fecha 8 de marzo de 1994, se declaró en rebeldía a los demandados doña Yolanda y su hijo don Francisco, al no haberse personado en el plazo concedido para contestar a la demanda.

- El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando a la demanda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, suplicó al Juzgado dictase sentencia acorde con lo probado y los preceptos jurídicos oportunos.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 60 de Madrid dictó Sentencia el 24 de febrero de 1995 desestimando la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 18.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 2 de junio de 1997 desestimando el recurso de casación interpuesto por don Bartolomé.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Con carácter previo, el Tribunal Supremo pone de manifiesto dos apreciaciones de fondo, una de ellas consistente en resaltar la impropiedad del *petitum* de la demanda al postularse la práctica de una asiento negativo –cancelación de una inscripción– sin la previa solicitud correspondiente a la causa determinante de tal petición (artículo 164 Reglamento Registro Civil), y ello es tanto más relevante porque los motivos del recurso se configuran en torno a una pretensión de nulidad radical que no se articula adecuadamente en la demanda; y otra apreciación, de no menor interés, es la relativa a que en la Sentencia de instancia, en perfecta consonancia con la apelada, se sienta la presunción de que el demandante necesariamente por sus circunstancias personales debió de conocer la existencia del niño cuya inscripción (dice) se pretende anular, y esta afirmación de carácter fáctico no ha sido cuestionada en casación de la única forma posible, que era el hipotético error en la apreciación probatoria, y, como consecuencia, resulta vinculante para este Tribunal.

Del antecedente se sigue de modo insoslayable la consecuencia jurídica de que no se pudo infringir el artículo 110 CC en su redacción de entonces (año 1972), con arreglo al que: «Se presumía legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio cuando... 1. Haya sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer», careciendo por lo tanto de consistencia la alegación efectuada en el recurso, con independencia de que durante el proceso se haya afirmado que no se cuestiona en el mismo la filiación, porque, aparte de negarla repetidamente, no tiene sentido en otro caso la cita del precepto del Código Civil, además de resultar fraudulenta la vía oblicua de solapar aquella impugnación bajo la cobertura de una hipotética irregularidad en la práctica de la inscripción de nacimiento.

Se rehuye la investigación de la paternidad, que en su caso era la vía jurídica procedente para discutir la filiación paterna, y se pretende obtener la supresión de su constancia registral por el cauce sin fundamento de la destrucción de la inscripción de nacimiento (artículo 48 LRC), con base en meras irregularidades formales en la práctica de la misma en los Registros Civiles de Rodas Consular y Central.

Los razonamientos expuestos y los que se van a exponer a continuación conducen a la clara desestimación de los dos motivos del recurso. No precisando de más desarrollo aquéllos, las restantes razones se pueden resumir en los apartados siguientes:

1.º El recurso de casación adopta como soporte fundamental la existencia de una nulidad radical, pero en la demanda sólo esporádicamente se alude a la misma (FJ VI) y en relación, según se afirma, a que: «Al parecer en la inscripción (de nacimiento practicada) en el Registro Local de Rodas (Grecia), no se guardaron las garantías exigidas por la legislación española, ya que entre otras anomalías se efectuó fuera de plazo, a los treinta y siete días y sin incoarse expediente

alguno», cuya alegación, además, carece de consistencia pues ni es aplicable la legislación española, ni se acreditó la normativa aplicable.

2.º La demanda adolece de confusionismo, explicable aunque no justificable por el verdadero *leitmotiv* perseguido ya expuesto en el fundamento anterior, y así sucede que unas veces el núcleo del discurso se centra en las «irregularidades de la inscripción de nacimiento», como un *totum*, y otras veces sólo en la presunción de paternidad –filiación–, como se revela en el inciso final del hecho noveno (f. 7) cuando se concluye la alegación que le precede indicando que: «Ello supone que debe excluirse la presunción de paternidad y sólo se debe consignar la filiación materna, haciéndose constar en el Registro que el padre es desconocido». Y de igual falta de claridad y precisión participa el recurso, en cuyo motivo primero se acumula la infracción de preceptos que no guardan homogeneidad en su contenido y efectos.

3.º El artículo 6.3 del Código Civil sólo contiene una norma medial, que requiere el soporte de una disposición que, conculcada, permita sentar el efecto previsto en aquélla, pues no toda infracción normativa acarrea la nulidad del acto jurídico; esto es, como ya señaló esta Sala en Sentencia de 29 de octubre de 1990 (con cita de las SSTS de 26 de julio de 1986 y 17 de octubre de 1987), «el artículo 6.3 del CC no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad de los actos jurídicos, sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios en la ley en tres distintos grupos:

a) Aquellas cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio.

b) Actos contrarios a la ley, en los que ésta disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérsele validez a tales actos *contra legem*.

c) Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el Juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrario y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público».

Y sucede en el caso que las irregularidades formales denunciadas, o no se han probado, o como las relativas a los plazos (constancia registral en el Registro Consular, y traslado al Central Civil) no tienen la gravedad o entidad para determinar la nulidad de la inscripción de nacimiento.

4.º La doctrina jurisprudencial viene reiterando que los preceptos Reglamentarios, cuya condición tienen los del Reglamento del Registro Civil, no pueden servir de fundamento a un recurso de casación, como tampoco cabe mencionar el hipotético precepto infringido con la expresión «y siguientes», pues al no ser identificativa se crea indefensión para la contraparte que no puede contradecir la alegación, y se desnaturaliza la función de la casación, dado que no corresponde al tribunal indagar cuál puede ser la norma concreta violada.

5.º No hay en el caso ninguna nulidad radical, ni siquiera, como se dijo, ningún supuesto de nulidad, por lo que el recurso carece de soporte, sin que haya base suficiente para la cancelación de la inscripción de nacimiento (que es el *petitum* de la demanda).

6.º Como respuesta al motivo segundo debe señalarse que la *ratio decidendi* de su desestimación se funda en la doctrina de la equivalencia de resultados o fallo justificado, porque aunque se dejase sin efecto la apreciación de la instancia por no ser posible hablar de prescripción extintiva en el caso de nulidad radical, siempre resultaría inconsistente la pretensión actora al carecer de soporte jurídico el efecto cancelatorio registral postulado. A lo que no está de más añadir, a los efectos dialécticos, que la interpretación procedente del artículo 1969 CC (precepto que se denuncia como inaplicado en el enunciado del motivo) es la objetiva, a diferencia de la subjetiva del núm. 2 del artículo 1968 del mismo Texto Legal, sin que quepa generalizar los supuestos, en que, por sus especiales circunstancias, la jurisprudencia subjetivizó la fijación del momento del nacimiento de la acción.

7.º Finalmente, y en lo que hace referencia al artículo 110 del CC, ya anteriormente se razonó por lo que no se considera infringido, aparte de que, en la perspectiva registral, caducó la oportunidad de oposición a la constancia registral de conformidad con el artículo 117 del CC (redactado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, pero plenamente operativo para supuestos anteriores aunque a partir de su vigencia); y si bien ello no ha afectado a la posibilidad de impugnar la filiación, como ya se ha dicho, y así lo hizo constar la propia parte demandante, tal cuestión (de paternidad) no es objeto del proceso.

PATRIA POTESTAD

No procede privar al padre de la patria potestad ya que fue la madre la que se trasladó a otro domicilio y ocultó la dirección tanto al padre como a su familia más próxima, lo que impide culpar al padre en exclusiva de un incumplimiento grave y voluntario de los deberes inherentes a la patria potestad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña María Consuelo interpuso demanda de menor cuantía contra don Eloy solicitando que se dictase sentencia en la que se prive al indicado demandado, don Eloy, de la patria potestad sobre su hija, la menor, Paula, con todas las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

- El demandado don Eloy fue declarado rebelde procesal por providencia de 30 de marzo de 1995.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Granollers dictó Sentencia el día 18 de abril de 1996 estimando la demanda y privando a don Eloy de la patria potestad de su hija Paula con todos los efectos legales inherentes a tal declaración.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 18 de abril de 1996 estimando el recurso interpuesto por don Eloy y acordando desestimar la demanda.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncia la recurrente en este motivo haberse infringido el artículo 1214 del Código Civil, ya que correspondía al padre (demandado) acreditar el cumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 154 del Código respecto a la hija Paula, nacida el 21 de marzo de 1992, fruto de la relación extramatrimonial que mantuvieron los litigantes.

El Tribunal de Instancia estableció de forma muy precisa y detallada los hechos que resultaron probados y, tras su interpretación y valoración, procedió a la apreciación de los mismos para alcanzar la decisión que se integró en el fallo, de que no cabía estimar que el padre hubiera incurrido en un incumplimiento grave y voluntario de los deberes paterno-filiales, determinantes para que se le privara de la patria potestad de la menor, conforme al artículo 170 del Código Civil, que es lo que suplicó la recurrente en su escrito de demanda.

Al amparo del artículo 1214 no está autorizada la recurrente, como lleva a cabo, realizar apreciación propia e interesada de las pruebas practicadas, pues no denunció error de derecho (Sentencia de 18 de enero de 2000), y el referido precepto civil no contiene norma valorativa de prueba, no jugando, como aquí sucede, se ha incorporado a los autos prueba suficiente, bastante y eficaz (Sentencias de 27 de julio de 1998; 5 de febrero y 24 de octubre de 2000), por lo tanto no es supuesto de ausencia probatoria, presupuesto de aplicación de las reglas del *onus probandi*, pues los juzgadores de instancia han apreciado la aportada para sentar el fallo (Sentencia de 27 de enero de 1996).

El principio distributivo de la carga de la prueba no ha sido incumplido cuando, como aquí ocurre, la sentencia establece demostrados los hechos que declara (Sentencias de 12 de junio de 1999 y 22 de septiembre de 2000), pues tal principio no resulta alterado si se realiza

apreciación de las pruebas de cada parte en el conjunto del resultado (Sentencias de 12 de marzo de 1998, 17 de marzo de 2000 y 28 de febrero de 2002), aunque sea contraria a los intereses de la recurrente (Sentencias de 25 de enero, 8 de febrero, 22 de septiembre y 24 de octubre de 2000 y 21 de febrero de 2003).

En el caso que nos ocupa la Sala de Apelación decidió que la falta de comunicación y asistencia del padre a la menor no era imputable al mismo por la concurrencia de circunstancias determinantes y demostradas que actuaron como impeditivas para que pudiera tener lugar las actividades, deberes, facultades y conductas que a los progenitores impone el artículo 154 del Código Civil. El motivo se rechaza.

Este motivo está dedicado a aportar como infringidos los artículos 154 y 170 del Código Civil, argumentando la recurrente que procedía la privación al padre de la patria potestad, al haber incurrido en el abandono efectivo y material de la hija desde julio de 1993.

Conforme a los hechos básicos probados resulta cierto que la ruptura de la pareja se produjo el 3 de junio de 1993, y el demandado tuvo que abandonar el domicilio común en Barcelona, llegando a dormir en su automóvil durante unos días y también quedó demostrado que la recurrente el 2 de julio de 1993 desocupó el que había sido domicilio común, y disfrutaban en régimen de alquiler y se trasladó a vivir a otro distinto, que ocultó celosamente y no comunicó al demandado como tampoco a los abuelos paternos de la menor.

Como acertadamente declara la sentencia recurrida han concurrido relevantes circunstancias que no eran las más propicias y adecuadas para facilitar la relación del padre con su hija, ya que desconocía su paradero y tales circunstancias las provocó deliberadamente la recurrente, pues así «cerró las puertas a una futura comunicación», ya que se trasladó a otro domicilio y no facilitó nueva dirección al demandado ni a su familia más próxima, sin que realizase gestión alguna para propiciar las visitas a la menor, lo que desvanece situación exclusiva imputable al padre como instauradora de un incumplimiento grave y voluntario de los deberes inherentes a la patria potestad, conforme declara el artículo 170, que no precisa los deberes incumplidos y sin sujeción automática a los que refiere el artículo 154, debiendo tratarse en todo caso de incumplimientos, graves y reiterados, ya de índole personal como patrimonial, lo que exige que aparezca plenamente acreditado el incumplimiento de dichos deberes por el progenitor al que se le pretende privar de la patria potestad y sean consecuencia de una actuación y conducta a él imputable de modo exclusivo, lo que en este caso no quedó probado, conforme a lo que se deja expuesto, pues si la menor, como dice la sentencia de 6 de julio de 1996, ha vivido siempre en compañía de la madre y en domicilio desconocido para el padre, se hace bastante imposible que éste pudiera desarrollar, o, al menos intentar, en condiciones normales, el ejercicio de funciones tuitivas y llevar a cabo prestaciones económicas, que aquí no consta se hubieran reclamado. La variabilidad de las circunstancias para poder juzgar los actos de los padres han de tenerse en cuenta y es lo llevado a cabo por el Tribunal de Instancia con todo acierto y ponderación (Sentencias de 18 de octubre de 1996 y 5 de marzo de 1998), sucediendo en el caso que nos ocupa, que se ha producido un efectivo acaparamiento de la menor por la madre y, si bien, no es censurable en cuanto represente dedicación y cuidado continuo, pero lo que no cabe es que se utilice como arma para privar al padre de la patria potestad, ante las circunstancias concurrentes y que quedan estudiadas. No existen causas ni razones válidas, intensas y suficientes para negar y privar al progenitor, en tanto la menor no pueda decidir por su cuenta, de la oportunidad, en el ámbito de la legalidad, de poder ejercer como padre y ostentar esta condición plenamente, con el consiguiente cumplimiento de los deberes que le corresponden. El motivo no prospera.

El último motivo denuncia infracción del artículo 39 de la Constitución y se sostiene que resultaría más beneficioso para la menor que se privara a su padre de la patria potestad que ostenta sobre la menor.

El motivo no puede ser acogido. La patria potestad sobre la prole actúa como derecho inherente a la paternidad y maternidad y tiene indudable función tutelar, al estar configurado como institución en función de los hijos (Artículo 154 del Código Civil, y Sentencias de 18 de febrero de 1969; 9 de marzo de 1984; 30 de abril de 1991; 18 de octubre de 1996 y 5 de marzo de 1998) y no en favor exclusivo de uno de los progenitores, que en este caso sería la madre recurrente.

La protección a cargo de la familia, conforme al artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1969) que recoge el artículo 39 de la Constitución, en su vertiente obligatoria de derecho-función, llevó al legislador, como dice la sentencia de 9 de julio de 2002, a considerar el ejercicio correcto de la patria potestad y evitar que pueda resultar contrario a los intereses de los hijos, –en el caso presente nada se demostró en forma convincente al respecto–, por lo que la aplicación del artículo 170 impone la necesidad de haberse probado en forma plena y convincente que ha concurrido efectivo y voluntario incumplimiento por parte del padre al que se pretende privar de la patria potestad y corresponde a los Tribunales, en cada caso concreto, establecer el alcance y gravedad de los incumplimientos imputados y las circunstancias concurrentes como decisivas para poder atribuir las consecuencias negativas de las acciones y omisiones denunciadas.

PATRIA POTESTAD

Insuficiencia del poder a Procuradores otorgado por la madre en su propio nombre, cuando además de hacerlo con esa cualidad también lo hacía en representación de sus hijos menores de edad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2003

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

ANÁLISIS DEL CASO

Doña B.F. que actúa por sí y en la legal representación de sus hijos menores de edad R. y J.O., representados por la Procuradora Sra. T. interpuso demanda de menor cuantía contra F., contra doña I.C., y el Cabildo de la Catedral de L. solicitando se dicte sentencia condenando a los demandados a abonar solidariamente a los actores la cantidad de 28.626.300 pesetas por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su esposo y padre don J.O., más los intereses legales desde la interpelación judicial, todo ello con expresa atribución de costas a referidos demandados.

Doña I.C., quien contestó a la misma, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que: «se desestime la demanda y se absuelva a doña I.C. de las pretensiones contenidas en la misma por carecer de la responsabilidad que se le imputa, todo ello con expresa imposición de las costas causadas a esta parte a la actora».

Asimismo el Cabildo de la Catedral de L., contestó a la demanda formulada de adverso y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo de la misma a mis representados y con expresa imposición de las costas de este procedimiento a la actora».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de León dictó Sentencia el 20 de noviembre de 1996 estimando parcialmente la demanda y condenando al Cabildo de la Catedral de L. a abonar a la actora, para sí y en representación legal de sus hijos menores de edad, la cantidad de 20.000.000 de pesetas, con aplicación del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Absolviendo libremente a la codemandada doña I.C., todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales.

En grado de apelación la Sec. 2.ª de la AP de León, dictó Sentencia el 7 de enero de 1998 estimando el recurso interpuesto por el Cabildo de la Catedral de L. revocando la resolución del juzgado y rechazando la demanda interpuesta, sin entrar a conocer del fondo del pleito, declaraba imprejuzgada la acción por la falta de personalidad de la Procurador de la actora por insuficiencia del poder, absolviendo en la instancia a los codemandados antes citados y apelantes en este procedimiento, con imposición a la parte actora de las costas procesales causadas por los mismos en la primera instancia, y sin declaración de costas procesales en esta alzada. Se mantiene el pronunciamiento absolutorio que la sentencia de instancia hizo de doña I.C. y que por nadie fue recurrido en esta alzada.

Doña B.F. que actúa por sí y en la legal representación de sus hijos menores de edad R. y J.O., interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo condenando al Cabildo de la Catedral de L. a abonar a los actores la cantidad de 8.000.000 de pesetas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que nos interesa abordar no es otra que la representación que confirió la madre al Procurador en nombre propio cuando a su vez actuaba en nombre y representación de sus hijos menores de edad. ¿Es necesario que al otorgar el poder la madre haga constar tal circunstancia o se entiende que al tener la representación legal es innecesaria tal mención?

Con carácter previo hay que tener en cuenta que al interponerse el recurso los hijos ya habían adquirido la mayoría de edad.

Alegada la excepción procesal recogida en el artículo 533.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el acto de la comparecencia del artículo 691 de esta Ley, la actora sostuvo que tal excepción «carecía de fundamento y debe merecer escaso fundamento por cuanto al Procurador actúa en nombre y representación de doña B.F.y ésta tiene conferida por la Ley la representación de sus dos únicos hijos menores de edad y no emancipados»; concluida la comparecencia, el juicio continuó por sus trámites hasta sentencia, siendo estimado parcialmente la demanda en primera instancia en cuanto a la Santa Iglesia Catedral de León, Cabildo de la Catedral y Diócesis de León, y desestimada en cuanto a la otra codemandada.

Habida cuenta de que, no obstante la manifestación hecha por la parte actora en el acto de la comparecencia acerca de la suficiencia del poder por ella otorgado, el Juez no otorgó un plazo para la subsanación de ese defecto procesal al amparo del artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Sala de apelación, al observar tal incumplimiento, debió de acordar la nulidad de actuaciones para que la parte pudiera subsanar el repetido defecto procesal. Dice la Sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 1997 que «De ahí que el Tribunal Constitucional tenga declarado que ha de permitirse, siempre que sea posible, la subsanación del vicio advertido, porque si el órgano judicial no hace posible la subsanación del defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable, e impone un rigor en las exigencias formales más allá de la finalidad a la que responda la resolución judicial que cerrase el proceso, sería incompatible con el derecho fundamental a la tutela (Sentencias 62/1989, de 3 de abril y 213/1990, de 20 de diciembre). Esto es lo que ha tratado de impedir la sentencia impugnada al declarar la nulidad de lo actuado con la finalidad de subsanar el defecto de falta de previa autorización para entablar el presente juicio admitido en el poder de la actora, habiendo una correcta aplicación de las normas procesales correspondientes, y tal proceder no supone, desde luego, la vulneración del artículo 533.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni de los preceptos concordantes que se citan, porque una vez que se dé a la parte actora la oportunidad para subsanar el defecto, el Juzgador tendrá plena jurisdicción para decidir el asunto planteado, entrando a conocer de todas las excepciones invocadas».

De lo anterior se deduce que la solución correcta de la Sala de instancia hubiera sido la de declarar la nulidad de actuaciones para permitir así la subsanación del defecto procesal observado y no, por entender que ya el defecto era insubsanable, entrar a examinar la excepción planteada y dictar una sentencia absolutoria en la instancia. Para ello no es obstáculo el que, como anota la sentencia recurrida, los hijos de doña B. hubiesen alcanzado, durante la tramitación de la primera instancia, la mayoría de edad, pues la falta de poder hubiera podido ser subsanada en la segunda instancia, en aras de una efectiva protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de esas personas. En todo caso, habiendo formulado el presente recurso de casación tanto la madre como los hijos, ya mayores de edad, debidamente representados por Procurador con poder suficiente, la protección jurisdiccional del derecho a obtener tutela judicial efectiva, que no puede dejar de prestarse por la inobservancia de defectos formales fácilmente subsanables (y cuya falta de subsanación en este caso es imputable, en gran medida, a los órganos de instancia), obliga a la estimación del motivo, con la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar en el examen de los otros dos motivos del recurso.

PATRIA POTESTAD

La asistencia del menor con su padre a reuniones del grupo religioso al que pertenecía (Testigos de Jehová) no es por sí causa suficiente para privarle de la patria potestad, no habiéndose detectado de las pruebas practicadas causa suficiente para determinar una medida de esa entidad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Isabel interpuso demanda de menor cuantía contra don Claudio sobre medidas relativas a hijo extramatrimonial.

- Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, compareció en legal forma, contestando la demanda, y formulando reconvención que contestó la representación actora, teniéndose por contestada la demanda.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Madrid dictó Sentencia el 25 de noviembre de 1996 estimando en parte la demanda formulada por la representación procesal de doña Isabel contra don Claudio, y estimando la reconvención formulada de adverso, y acordando: 1. La atribución de la guardia y custodia del hijo menor de los sujetos del pleito a doña Isabel, pero ejerciendo conjuntamente ambos padres la patria potestad. 2. Como régimen de visitas a favor de don Claudio, éste podrá estar en la compañía de su hijo menor en la forma que concierne con la demandante y, caso de desacuerdo, lo tendrá consigo fines de semana alternos, desde las 16 horas del sábado a las 21 horas del domingo y la mitad de las vacaciones escolares de verano, Navidad y Semana Santa, eligiendo estos períodos el padre los años impares y la madre los pares. 3. En concepto de alimentos don Claudio, abonará a doña Isabel, la cantidad de treinta y una mil quinientas pesetas, suma que el 1 de enero de cada año será actualizada según las variaciones que experimente el índice de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística.

- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 14 de enero de 1998 desestimando el recurso interpuesto por doña Isabel.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero, al amparo del artículo 1692.3 LEC, acusa infracción del artículo 359 de la misma, calificando a la sentencia recurrida de incongruente, por no resolver sobre la privación del ejercicio de la patria potestad por el padre del menor Matías, ni sobre la obligación del mismo de avisar a la actora de cualquier hecho que pudiera afectar a dicho menor en los períodos de tiempo en que esté con él. El motivo se desestima porque, comparando lo suplicado en la demanda con el fallo recurrido, se observa una perfecta congruencia, pues la misma no exige que se acojan todas las peticiones de aquélla, ya que la decisión judicial ha de tener en cuenta lo solicitado en su demanda reconvencional por el demandado y que ha sido estimada, sino que guarde una estrecha relación con lo peticionado, no altere, en otras palabras, la

causa petendi. Por lo que respecta al aviso a la actora-recurrente, en la súplica de su demanda absolutamente nada pedía sobre ello.

En el motivo segundo se aduce la infracción del artículo 154, párrafo 2.º, del Código Civil. En su fundamentación se alega que la asistencia con su padre a reuniones del grupo religioso a que pertenecía (Testigos de Jehová) puede causar al menor trastornos irreparables de su personalidad y por ello insiste en que se acojan las peticiones de su demanda, sobre la privación del ejercicio de la patria potestad al padre, por lo menos hasta que tenga doce años. El motivo se desestima por la evidente inutilidad de pronunciarse sobre él cuando el menor tiene ahora catorce años y la demanda se entabló cuando tenía cinco. En ese lapso de tiempo es obvio que se ha producido un cambio de su personalidad que hace inapropiado dictar unas medidas (si esta Sala, olvidando esta realidad psico-biológica, estimase el motivo) considerando que tuviese cinco. Por otra parte, y desde un punto de vista retrospectivo, esta Sala comparte el criterio de la sentencia recurrida para no acceder a la privación del ejercicio de la patria potestad sobre el menor Matías, que no detectó en las pruebas causa suficiente para determinar una medida de esa entidad.

Todas estas consideraciones obligan a desestimar también el motivo tercero y último del recurso, en que se acusaba la infracción del artículo 96, párrafo 2.º, del Código Civil, una vez comprobado que se han cumplido los requisitos exigidos por el precepto para la adopción de las medidas judiciales, sin que el hecho de que no coincidan con las pruebas propuestas por la recurrente sea motivo de casación.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Fijación de pensión alimenticia a favor de la hija mayor de edad sin que sea obstáculo para ello que hubiese trabajado durante algunos meses ni que comparezca asistida y representada por profesionales de libre designación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2003

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Margarita interpuso demanda de menor cuantía contra don Paulino solicitando se dicte sentencia por la que se condene al demandado a abonarle mensualmente la cantidad de cien mil (100.000) pesetas, en concepto de alimentos; subsidiariamente, la cantidad que se determine en período de ejecución de sentencia y que consistirá en la actualización de la acordada en transacción con el incremento del IPC habido desde la fecha de tal acuerdo hasta la fecha de presentación de esta demanda; y todo ello con expresa condena en costas al demandado.

⊙ Don Paulino se personó en el pleito y contestó a la demanda para oponerse a la misma por medio de las razones de hecho y de derecho que alegó y terminó suplicando: «Que previo el recibimiento del Juicio a prueba, que desde el presente escrito interesamos, y demás trámites de Ley, dicte sentencia por la que, declarando no haber lugar a la pretensión de la demandada, se absuelva de los pedimentos de la misma a mi mandante, por falta de litisconsorcio pasivo necesario y subsidiariamente para el caso de que no fuese admitida la anterior excepción se desestime igualmente la demanda por falta de acreditación de la necesidad de los alimentos y por no venir obligado mi mandante a prestarlos, con expresa condena en las costas del presente procedimiento a la actora».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Cambados dictó Sentencia el 18 de febrero de 1997 estimando parcialmente la demanda y condenando al demandado a abonar a la actora la cantidad de

60.000 pesetas mensuales de forma anual desde 1992, hasta que sea necesaria, conforme a lo prevenido en el fundamento jurídico tercero, sin se haga especial pronunciamiento respecto a las costas, debiendo soportar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Pontevedra dictó Sentencia el 30 de diciembre de 1997 desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Paulino.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo denuncia el recurrente haberse infringido el artículo 145 del Código Civil y jurisprudencia, debiendo de advertirse que la cita que se hace es de sentencias de las Audiencias Provinciales, lo que no es procedente por no constituir efectiva doctrina jurisprudencial.

Los hechos probados ponen de manifiesto que el recurrente fue condenado por estupro y obligado a reconocer a la actora, nacida el 24 de mayo de 1976 de su relación con la madre doña Carina y por Sentencia de 31 de julio de 1980, dictado en juicio de alimentos (número 172/1978 del Juzgado de Cambados), se señaló en 15.000 pesetas mensuales la cantidad a satisfacer por el recurrente como alimentos provisionales; cantidad que quedó fijada en 60.000 pesetas al mes, sometida a las variaciones de IPC, en la transacción que tuvo lugar el 3 de abril de 1992 y puso final al juicio de menor cuantía número 249/1991, tramitado en el Juzgado de Cambados Uno.

Plantea el motivo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo al no haber sido traída al pleito la madre. En esta cuestión ha de tenerse en cuenta que la obligación de prestar alimentos no es solidaria a cargo de los progenitores, sino mancomunada y en proporción a sus caudales respectivos, y cuando la obligación recae sobre ambos, en conformidad al artículo 145 del Código Civil (Sentencias de 12 de abril y 5 de noviembre de 1996). Aquí sucede que sin dejar de lado las prestaciones, asistencia y cuidados que pueden tener lugar a cargo de la madre, el recurrente asumió una cuota perfectamente determinada y establecida, como dice la sentencia recurrida y dice bien y con todo acierto, tratándose de cuota que no cabe compartir con la madre y así se vino respetando y cumpliendo la obligación contraida hasta que el obligado de forma unilateral y voluntaria dejó de atender la referida carga pecuniaria por alimentos y por el sólo hecho de haber llegado su hija a la mayoría de edad. El motivo no prospera.

Este último motivo está dedicado a aportar como infringidos los artículos 152, números 3.º y 5.º y 1214 del Código Civil, para sostener que toda vez que la demandada no padece enfermedad alguna que le impidiera trabajar y que dispone de dinerario suficiente para contratar a profesionales que la representasen y dirigiesen en el pleito y haber alcanzado la mayoría de edad, no se hacía ya necesaria la prestación de alimentos.

La sentencia recurrida sienta como hechos probados, los que acceden firmes a casación, que no se demostró que la fortuna considerable del padre hubiera disminuido ni tampoco se hubiera producido alteración en el *status* de la hija, no obstante haber trabajado unos meses, como tampoco que sus circunstancias vitales no habían variado esencialmente, manteniéndose la situación anterior y por ello persistían las necesidades de la demandada, que actualizan su derecho a recibir los alimentos a los que se obligó el recurrente, pues no se probó debidamente contara con recursos propios y suficientes.

No se dan, en consecuencia, los supuestos previstos en los números 3.º y 5.º del artículo 152, conforme al *factum* que el Tribunal de Instancia declaró acreditado. El motivo no prospera, pues los derechos de los hijos a la prestación de alimentos no cesan automáticamente por haber alcanzado la mayoría de edad, sino que subsisten si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos, conforme ha declarado esta Sala de Casación Civil en Sentencias de 24 de abril y 30 de diciembre de 2000 y resulta decretado en el artículo 39.3 de la Constitución.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en un supuesto en el que los cónyuges contrajeron determinadas deudas actuando como administradores apoderados de una sociedad que estaba constituida por sus dos hijos, dándose la circunstancia que dicha sociedad carecía de patrimonio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2003

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ La entidad S. interpuso demanda de menor cuantía contra la entidad Q. y los cónyuges don Pedro Francisco y doña Valentina solicitando se dictase sentencia condenando a los demandado a abonar a la actora la cantidad de 7.664.422 pesetas en concepto de principal, más sus intereses legales desde la fecha de presentación de esta demanda, así como las costas de este juicio».

⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada don Pedro Francisco y doña Valentina, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dictar sentencia en la que se desestime la demanda interpuesta de contrario respecto a mis mandantes, con expresa condena en costas a la actora por temeridad.». La codemandada Q. fue declarada en rebeldía.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de los de Elche dictó Sentencia el 3 de mayo de 1998 estimando íntegramente la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Alicante dictó sentencia el 11 de septiembre de 1997 desestimando el recurso interpuesto por don Pedro Francisco y doña Valentina.

⊙ Don Pedro Francisco y doña Valentina interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del actual recurso de casación alega la infracción del artículo 1911 del Código Civil y los artículos 1 y 11 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo. En efecto, lo que pretende la parte recurrente en este motivo es destruir por mala aplicación la técnica jurisprudencial del «levantamiento del velo», en que ha establecido la sentencia recurrida su *ratio decidendi*. Pero ello no es posible desde el instante mismo de que no cabe la menor duda que los ahora recurrentes en casación, que forman matrimonio, contrajeron determinadas deudas actuando como administradores apoderados de una sociedad denominada Q. que estaba constituida por sus dos hijos, dándose la circunstancia que dicha sociedad carecía de patrimonio, y sin duda con la intención de utilizar tal ente social como mero testaferro de las referidas operaciones generadoras de deuda. Y así se infiere del *factum* de la sentencia recurrida –que se remite en este aspecto a la primera instancia–, el cual ha sido obtenido después de una operación hermenéutica lógica y racional.

Todo lo anterior hace, que al núcleo del actual proceso le sea aplicable la técnica del «levantamiento del velo» utilizada por la jurisprudencia norteamericana del *disregard of legal entity*, a través del cual los jueces apartaron y desestimaron la personalidad jurídica de una entidad penetrando en el sustrato personal de sus miembros, en aquellos casos, en que a través de la misma se trataba de cometer abusos.

Pues bien, esta figura está absolutamente entronizada en nuestro derecho, a través de construcciones jurisprudenciales y de doctrina científica, es desde luego aplicable al presente caso –como se ha hecho en la sentencia recurrida– ya que se ha simulado la constitución de una sociedad para eludir un determinado cumplimiento contractual.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Estimación de la tercería de dominio interpuesta por la esposa, ya que el poder que se confirió al esposo y en virtud del cual afianzó en su nombre una operación mercantil sólo se extendía a los bienes gananciales pero no a los que tenían carácter privativo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Rocío interpuso demanda de tercería de dominio contra Banco O., contra Q. SA, don Antonio M. SA, don Rodolfo, don José Augusto y doña Carina solicitando que se dictase sentencia declarando que la finca núm. ... del Registro de la Propiedad de Elche embargada en el procedimiento ejecutivo núm. 177/86 pertenece con carácter privativo a doña Rocío, y ordenando se alce el embargo trabado, con expresa imposición de costas a los demandados.

⊙ Banco O. contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda, absolviendo de las pretensiones de la misma a mi representada, condenando a la actora Dª Rocío al pago de las costas judiciales por su temeridad y mala fe. Se declaró en rebeldía al resto de los codemandados por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante dictó Sentencia el 6 de abril de 1994 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 13 de octubre de 1997 desestimando el recurso interpuesto por doña Rocío.

⊙ Doña Rocío interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que declaró el carácter privativo del inmueble y el levantamiento del embargo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La razón de ser de la tercería se centra en que, mediando una póliza de crédito para negociación de letras de cambio, efectos de comercio y otros documentos con el codemandado en la tercería y ejecutante en el juicio ejecutivo Banco O., aquella tercerista era fiadora, avalista, o «garante» como consta en la póliza, habiéndose

constituido como tal, en virtud del poder de representación que tenía su esposo, don Rodolfo. En tal poder se le concedía representación en estos términos: «Que a favor de su esposo don Rodolfo, mayor de edad, industrial, y con ella domiciliado, confiere poder general, para que en su nombre y representación, y respecto únicamente de los bienes adquiridos indistintamente por el matrimonio que tengan el carácter de gananciales pueda, con validez jurídica...»:

La *quaestio iuris* que se plantea en la tercería y que se mantiene en casación es relativa a la calificación del bien embargado a que se refiere la misma. En el juicio ejecutivo que se siguió, siendo título ejecutivo la referida póliza, una de los codemandados, ejecutada, fue dicha esposa, doña Rocío. A la misma se le embargó una finca que ha acreditado ser un bien privativo y sobre esta finca recae la tercería. El planteamiento, pues, es que el esposo afianzó en nombre de la misma, en virtud del poder de representación que no alcanzaba a disponer de un bien privativo, como dicha finca; por lo cual, ésta no podría ser objeto del embargo por razón de aquella fianza. Por ello, respecto a ésta, podía exigir que se levantara el embargo y ésta fue la pretensión de la tercería.

Tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 como de la Audiencia Provincial, Sección 5.ª, de Alicante, desestimaron la demanda por entender que no era tercerista, sino parte demandada, ejecutada en aquel juicio ejecutivo. No tocan el tema del embargo sobre bien privativo, a que no alcanzaba el poder de representación en virtud del cual se había producido la fianza, causante del embargo.

En la resolución del presente recurso de casación, procede analizar en primer lugar el motivo segundo, que entra directamente en la esencia de la cuestión y reitera la argumentación que viene de la misma demanda de tercería. Se alega la infracción del artículo 1532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: en base a esta norma, las sentencias de instancia han desestimado aquella demanda, por entender que la tercerista, demandada y ejecutada en aquel juicio ejecutivo de que trae causa la tercería, no es un «tercero» sino parte.

El motivo se estima por el Tribunal Supremo. Ciertamente, no es tercero por haber sido parte en el juicio ejecutivo. Pero sí es tercero respecto al bien embargado. Éste es un bien privativo y la fianza o aval sólo alcanzaba a los bienes gananciales, en virtud de la concreción del poder de representación en la cláusula transcrita. Por tanto, la tercería de dominio, cuya función es alzar el embargo trabado indebidamente, puede darse por una parte respecto a un bien que no cabía ser objeto del mismo.

A sensu contrario, la sentencia de 17 de julio de 1997 mantiene la misma doctrina, en un caso en que se trabó el embargo sobre bien ganancial por deuda no ganancial y la esposa «que no puede ser considerada tercero...» sí lo es en este caso, «con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero»; es decir, en abstracto no es «tercero», pero en concreto y respecto a dicha deuda o respecto a este bien embargado, sí es «tercero» y puede, en la tercería, «liberar del embargo bienes indebidamente trabados». Dice así el fundamento quinto de dicha sentencia: «Aun cuando determinada doctrina jurisprudencial mantiene que en razón a la naturaleza ganancial de los bienes embargados, la esposa no puede ser considerada tercero a los efectos del procedimiento de tercería, siendo de citar las Sentencias de 26 de enero de 1985; 26 de septiembre de 1986 y 27 de junio de 1989, no cabe olvidar que, a diferencia de la reivindicatoria, en la acción de tercería no se trata de declarar, ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda en ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio, lo que presupone, ineludiblemente, la exigencia de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero, como, así viene declarado en diversas sentencias, entre ellas, las de fechas 29 de octubre de 1.984; 15 de febrero de 1985; 21 de noviembre de 1987; 11 de abril de 1988 y 20 de marzo de 1989, y semejante doctrina, tiene su complemento en la sustentada por la Sentencia de 16 de noviembre de 1990, al declarar que la situación de tercero ha de admitirse que concurre en la esposa a espaldas de la cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, determinante del ejecutivo en el que se embargan bienes de esta naturaleza, sin que en salvaguarda de sus derechos sobre el inmueble común trabado, le fuese notificada ni siquiera la pendencia del procedimiento contra su consorte.»

En el presente caso, la esposa no fue un «tercero» en el juicio ejecutivo en el que se le embargó un bien privativo; en la acción de tercería se trata de liberar del embargo bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda en cuestión, excluyéndolo de la vía de apremio; con relación al bien concreto, tiene la condición de «tercero», ya que no podía el aval prestado por representación limitada a los gananciales, vincular al bien privativo.

Por tanto, se estima este motivo y el hacerlo exime de la necesidad, o más bien oportunidad e incluso interés, de examinar los restantes.

Al acogerse el motivo amparado en el núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala asume la instancia y debe resolver lo que corresponde, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, conforme lo dispuesto en el artículo 1715.1.3 de la misma ley. De lo que se ha expuesto se desprende que debe estimarse la demanda de tercería de dominio, ya que se embargó un bien privativo que nunca debió haber sido objeto de la traba.

RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte de la liquidación de la sociedad de gananciales puede ejercitarse aun cuando la misma se haya llevado a efecto en un convenio regulador.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2003

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Blanca interpuso demanda de menor cuantía contra don Juan Pedro en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicó: «En su día tras la tramitación pertinente, dictar sentencia por la que se condene al demandado a la reparación causada a doña Blanca en el convenio regulador de su separación matrimonial, aprobado judicialmente por sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ceuta en los autos civiles 387/90, quedando por ello rescindido en la parte correspondiente a la liquidación de la sociedad de gananciales, lesión ascendente a la suma de 5.273.163 pesetas, por un lado, más 1.000.000 de pesetas, habida cuenta de la valoración en 2.000.000 del garaje y cuarto trastero, propiedad ganancial, más y para culminar, la mitad de los saldos de las cuentas corrientes, cuentas de ahorros e imposiciones a plazo fijo, de las que con fecha 5 de octubre de 1990 eran titulares los cónyuges, bien de manera conjunta e indistinta, bien individual, en las entidades bancarias con sucursales en esta ciudad referidas en hecho III de la demanda, quedando dicho demandado facultado para indemnizar el daño o para consentir que se proceda a una nueva partición conforme al artículo 1077 del Código Civil, con expresa condena en costas al mismo, por ser de Justicia».

⊙ El demandado don Juan Pedro se personó en el pleito y contestó a la demanda para oponerse a la misma por medio de las alegaciones de hechos y derecho que aportó, y terminó suplicando: «En su día tras substanciación legal del procedimiento, dicte sentencia por la que estimando la excepción de inadecuación de procedimiento invocada, desestime la demanda sin entrar a conocer del fondo de la litis, o si desestimare dicha excepción procesal, y entrare a conocer del fondo del procedimiento, desestime igualmente la demanda, absolviendo a mi representado de todos los pedimentos de la misma, con imposición en todo caso a la actora de las costas del procedimiento».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ceuta dictó Sentencia el 23 de junio de 1995 estimando íntegramente la demanda condenando al demandado don Juan Pedro a que repare la lesión causada a la actora en el convenio regulador de su separación matrimonial, aprobado judicialmente por sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ceuta, en los autos civiles 387/90, quedando por ello rescindido en la parte correspondiente a la liquidación de la sociedad de gananciales, lesión ascendente a la suma total de 3.838.860 pesetas, estando dicho demandado facultado para indemnizar el daño o para consentir que se proceda a una nueva partición conforme establece el artículo 1077 del CC, no haciendo imposición de las costas causadas en este juicio a ninguna de las partes.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Cádiz dictó Sentencia el 29 de julio de 1997 revocando la sentencia recurrida y desestimando la demanda.

⊙ Doña Blanca interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Lo que plantea el recurso es cuestión de si procede la rescisión por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de los bienes cuando fueron adjudicados, conforme a las previsiones del artículo 1074, y en base a la remisión genérica que efectúa el artículo 1410, ambos preceptos del Código Civil y que se aportan como infringidos.

En el caso presente la recurrente había contraído matrimonio con el demandado el 26 de marzo de 1976 y por sentencia del Juzgado de Primera Instancia uno de Ceuta, se decretó la separación matrimonial, aprobándose íntegramente el Convenio Regulador que ambos cónyuges habían elaborado y suscrito en fecha 5 de octubre de 1990, el que fue ratificado a presencia judicial, sin que conste se hubiera llevado a cabo posteriormente alguna modificación del mismo, conforme autoriza el artículo 90 del Código Civil en relación a la Disposición Adicional Sexta de la Ley de 7 de julio de 1981.

La naturaleza de los Convenios Reguladores viene representada por constituir un efectivo negocio de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial que no elimina ni desplaza su naturaleza esencial de tipo contractual privada, ya que su elaboración dimana de la voluntad de los otorgantes que se expresa en el acto material de llevar a cabo la división y adjudicación del haber ganancial.

No estamos aquí en el supuesto básico de que se hubieran omitido bienes relevantes por no haberlos incluido en el Convenio Regulador, en cuyo caso procedía su subsanación conforme al artículo 1079, complementando o adicionando los objetos o valores omitidos, mediante convenios posteriores (Sentencias de 20 de noviembre de 1993, 23 de diciembre de 1998 y 30 de junio de 2003), y la omisión denunciada son sólo los saldos de las cuentas corrientes bancarias gananciales y que se denuncian en la demanda.

Lo que se trata e integra la cuestión nuclear del recurso de casación formalizado, es si procede rescindir por lesión el Convenio Regulador discutido y que produjo liquidación de la sociedad de gananciales, siendo la tesis que sostiene la sentencia recurrida la calificación de la relación como una efectiva transacción, no susceptible de rescisión por lesión, ya que sólo ha de tenerse en cuenta para la modificación de la misma los supuestos del artículo 1817 del Código Civil y tampoco resultan aplicables por analogía los artículos 1291 y 1293 del Código Civil.

No se acepta la conclusión decisoria del Tribunal de Instancia, que no entró a estudiar si hay o no lesión, sino que ha de examinarse sobre si la liquidación practicada en el Convenio Regulador es rescindible por lesión, conforme al artículo 1074.

La respuesta ha de ser afirmativa, siguiendo la doctrina de la Sentencia de 8 de marzo de 1995, que declara que el negocio jurídico que representa el Convenio Regulador no es propia transacción, pues las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad y aceptan transformar sus cuotas (participaciones abstractas) en titularidades concretas sobre objetos singulares por propias conveniencias. Lo mismo que todo contrato de partición es el resultado de un equilibrio de intereses y una composición de los mismos, por lo que tan fuera de lugar estaría denominarla jurídicamente transacción como a cualquier contrato oneroso.

Si la partición no es por sí misma una transacción no hay ninguna posibilidad legal de eximirla de su sujeción a rescisión por lesión según el artículo 1704 del Código Civil, que es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta por mandato del artículo 1410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un Convenio Regulador de separación matrimonial, como esta Sala dijo para caso igual en la Sentencia de 26 de enero de 1993, cuya doctrina se da por reproducida.

La conclusión de todo lo expuesto ha de ser la de la estimación del motivo, si bien la casación del fallo depende del resultado a que se llegue analizando el fondo del asunto, de acuerdo con el artículo 1715 de la LEC.

Por mandato del citado precepto 1715.1.3.º, corresponde a esta Sala resolver el litigio dentro de los términos en los que se presenta planteado y atendiendo a la prueba practicada se llega, tras su apreciación e interpretación, a sentar las conclusiones valorativas de que en el Convenio Regulador objeto del pleito se inventariaron como bienes gananciales la vivienda familiar que se valoró en 8.500.000 pesetas, imposición a plazo fijo en el Banco U. de Ceuta de 1.000.000 de pesetas, acciones de la Compañía Telefónica por 1.000.000 de pesetas y a efectos de división se acordó que la mitad del caudal común, representado por 5.250.000 pesetas, sería entregado por el marido a su esposa, el que en compañía de los hijos comunes continuaría en el domicilio conyugal.

Las pruebas periciales han resultado diversas, y han sido equitativamente valoradas por el Juez de Primera Instancia, al asignar a la vivienda incluido el trastero y garaje, por formar unidad patrimonial y con referencia al tiempo de su adjudicación, el precio en el mercado de 15.350.387 pesetas, que NOS aceptamos, debiendo tenerse en cuenta que el hecho de que se hubiera adjudicado la ocupación de la misma al marido para servirle de vivienda con los hijos del matrimonio, conforme autoriza el artículo 90.B) del Código Civil, no significa instauración de derecho real de usufructo (Sentencias de 29 de abril de 1994 y 31 de

diciembre de 1994), sino de un derecho de ocupación oponible a terceros (Sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 4 de abril de 1997) y no actúa como causa impeditiva de la rescisión cuando resulta procedente, pues a lo que ha de atenderse es al valor real en el momento de la adjudicación, dejando de lado las posibilidades de venta en el futuro en situación de vivienda ocupada y su hipotético valor, sin olvidar que la propia recurrente prestó su plena conformidad a que la vivienda continuara ocupada por el esposo e hijos.

Con respecto a la cuestión a los saldos gananciales de cuentas corrientes bancarias, el resultado de la prueba es el que alcanzó el Juez de Primera Instancia y queda determinado en 327.334 pesetas a repartir.

Con lo expuesto el importe real del patrimonio ganancial a repartir queda fijado, teniendo en cuenta lo que se deja expuesto y la integración representada por la imposición a plazo fijo, que arroja el saldo de un millón de pesetas, más otro millón de pesetas por acciones, lo que hace el total de 17.677.721 pesetas que equivale al valor económico del patrimonio común, que el Convenio Regulador había fijado en 10.500.000 pesetas, lo que evidencia que la lesión en más de la cuarta parte efectivamente ha tenido lugar, razones suficientes que llevan a la decisión casacional de confirmar la sentencia del Juzgado, si bien se ratifica en cuanto se fija en 3.583.860 pesetas el importe de la lesión causada.

RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

El derecho de uno de los cónyuges a la pensión de jubilación tiene carácter privativo, pero las pensiones percibidas por el mismo durante la vigencia de la sociedad conyugal, son de carácter ganancial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2003

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Romero Lorenzo

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Magdalena interpuso demanda de menor cuantía contra Banco de V. y el Ministerio Fiscal solicitando que se dictase sentencia por la que se declare: a) Que los bienes embargados son bienes gananciales, y en consecuencia es legalmente improcedente el embargo practicado en virtud de lo expuesto en el Fundamento de Derecho III, de este escrito, o bien, b) Que habiéndose notificado dicho embargo a mi representada, y en virtud de las razones expuestas en el Fundamento de Derecho IV, se la conceda un plazo para la liquidación de la sociedad de gananciales, al objeto de poder concretar el embargo acordado sobre los bienes de su esposo que, exclusivamente le pudiera corresponder en la liquidación de la sociedad de gananciales. Y condenando a los que se opusieren a nuestra pretensión a pasar y cumplir la consiguiente declaración y con expresa condena en costas».

⊙ Admitida la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos el Ministerio Fiscal que tras oponer los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos, terminó suplicando en su día se dicte sentencia con arreglo al resultado a que ofrezcan las pruebas practicadas.

⊙ Banco de V. SA se personó en autos contestando a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que: «... Se declare con carácter ganancial de los bienes descritos en los apartados A y B del hecho segundo de la demanda, así como de los apartados C y D en tanto quede demostrada tal condición con la debida dilación.– Se deniegue dicho carácter ganancial a los descritos en los apartados E y F del hecho segundo de la demanda.– Que se reconozca el derecho de la esposa a sustituir bienes en los términos y condiciones que el artículo 1373 del Código Civil prevé; sustitución que se llevará a

cabo una vez liquidado el activo y pasivo de la sociedad de gananciales, llevando a cabo los cónyuges tales operaciones con conocimiento de mi mandante.– Que se declare no haber lugar a la imposición de costas.

⊙ En el acto de comparecencia, la parte actora respondió a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo alegada de contrario por no demandar a don Silvio, esposo de la Sra. Magdalena compareciendo éste en Secretaría allanándose a la demanda.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gandía dictó Sentencia el 22 de abril de 1996 estimando la demanda y declarando que los bienes embargados, a los que se refiere el párrafo primero de los fundamentos jurídicos, son gananciales, de la sociedad conyugal compuesta por la demandante y el demandado don Silvio, cuya sociedad se entiende disuelta por prescripción legal como consecuencia de la traba efectuada y desde la fecha del embargo indicado, concediéndose a la actora un plazo de seis meses desde la firmeza de la presente resolución para proceder a su liquidación de forma extrajudicial si es posible o, en su caso, por vía de ejecución de sentencia, a los fines interesados en el suplico de su demanda, no habiendo lugar a imponer las costas a ninguna de las partes comparecidas».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 8.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 17 de enero de 1998 desestimando el recurso formulado por la actora y acogiendo el planteado por el demandado, revocando en parte la sentencia de instancia y declarando que los bienes embargados en proceso penal núm. 140/94 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Gandía para asegurar responsabilidades pecuniarias de Silvio tiene la naturaleza de gananciales de éste y su esposa, la actora, excepto la pensión de jubilación y su complemento que le abona Banco de V., confirmando el resto de su fallo.

⊙ Doña Magdalena interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En pieza de responsabilidades civiles derivada de Diligencias Previas penales se practicó embargo sobre determinados bienes supuestamente pertenecientes al imputado don Silvio. doña Magdalena, esposa del Sr. Silvio ha formulado demanda contra el Ministerio Fiscal, el Banco de V. SA y contra su propio marido (que se ha allanado a la pretensión) solicitando se declarase que los bienes embargados eran de naturaleza ganancial y que su embargo era improcedente y, además, que se le concediera un plazo para la liquidación de la sociedad de gananciales, al objeto de concretar dicho embargo sobre los bienes que en la misma correspondiesen a su marido.

Por razones de método debe comenzarse por el último de los motivos del recurso en el que se denuncia la infracción del artículo 359 de dicha norma, señalando que el Juzgado de Primera Instancia no había resuelto en ningún sentido la petición principal de la demanda, relativa a la declaración de que los bienes embargados tenían naturaleza ganancial y que, por tanto, el embargo de los mismos era improcedente. Se añade que la Audiencia Provincial sólo hacía referencia a que no había de contemplarse el artículo 1366 del Código Civil, pero sin hacer pronunciamiento expreso sobre el pedimento que al respecto había formulado la actora, como correspondía.

El motivo ha de ser rechazado. De una parte, (y anticipamos que esto es irrelevante, por cuanto el recurso de casación se concede frente a la sentencia de apelación y no respecto a la de primera instancia), porque por el Juzgado se acepta expresamente la petición relativa a la naturaleza ganancial de los bienes embargados, aunque no se declare la improcedencia de la traba realizada sobre los mismos. En segundo término, porque en la sentencia impugnada se hace constar que no se comparte la posición de la Sra. Magdalena respecto a que debería declararse mal efectuado el embargo, expresando las razones tenidas en cuenta para tal decisión; acogiéndose en cambio la petición del Banco demandado sobre el carácter no ganancial

de la pensión de jubilación y su complemento. En tal contexto, la parte dispositiva de la resolución resulta perfectamente congruente con las peticiones de las partes y aunque no mencione expresamente que desestima la que la recurrente califica de principal, tal rechazo claramente se deduce del contenido de su Fundamento de Derecho Segundo y del Fallo.

En el primer motivo se alega que se ha vulnerado lo dispuesto en los artículos 1361 y 1347, apartados 1º y 3.º, del Código Civil y de diversos preceptos del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. La recurrente expone cuatro argumentos como fundamento de su tesis:

A) Afirma que el primero de los artículos del Código Civil mencionados establece una presunción *iuris tantum* de ganancialidad respecto a los bienes existentes en el matrimonio, que sólo puede ser destruida por la prueba en contrario, prueba que no ha sido propuesta por los demandados.

B) Añade que el apartado 3.º del artículo 1347, considera gananciales los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, lo que atribuye dicho carácter a la pensión de jubilación y su complemento porque ha sido satisfecha por el trabajo de uno solo de los cónyuges, que según el apartado 1.º del precepto tiene naturaleza ganancial.

C) Igualmente se desprende el carácter ganancial de la pensión de jubilación del hecho de que la misma surja de la cotización a la Seguridad Social durante el tiempo legal, pues esta cotización se realiza con dinero ganancial, y la pensión en sí misma es consecuencia del trabajo realizado, viniendo a sustituir a la renta salarial. En el caso de litigio el plazo legal de cotización es de diez años y el matrimonio de la recurrente y su marido demandado databa de 1955.

D) Finalmente, alude al artículo 1349 del Código Civil, sosteniendo que del mismo se desprende que si el derecho de pensión ha tenido nacimiento antes del matrimonio tiene la consideración de privativo y si lo ha tenido después –como en el presente caso ocurre– es ganancial.

El motivo ha de ser desestimado, pues la sentencia impugnada no infringe los preceptos que la recurrente considera vulnerados, sino que se ajusta a cuanto previene el artículo 1349 del Código Civil, que es el último que se menciona en el recurso, que afirma el carácter privativo del derecho de pensión perteneciente a uno de los cónyuges, cual en el presente caso acontece, pues la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó por su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, respecto a la segunda).

Otra cosa es que los frutos o pensiones que se perciban por el Sr. Silvio durante la vigencia de la sociedad de gananciales con motivo de su jubilación tengan carácter ganancial como afirma el citado artículo 1349.

En definitiva, la existencia de este precepto, concreto y expresivo, hace inaplicables al caso los demás que menciona la recurrente, los cuales, por tanto, no pueden considerarse infringidos.

En el segundo motivo, con el mismo fundamento que el anterior, se denuncia la infracción del artículo 1366 del Código Civil, que excluye la responsabilidad de la sociedad conyugal por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge que obedezcan a dolo o culpa grave del mismo. En atención a ello, se sostiene que debió ser acogida la petición principal de la demanda de que al declararse la improcedencia del embargo practicado, pues las responsabilidades que se imputan al marido de la recurrente derivan de presuntos hechos delictivos.

Sin embargo ha de considerarse correcta la tesis de la Audiencia Provincial según la cual en el momento de practicarse el embargo para asegurar las responsabilidades del marido como presunto autor de infracción penal no podía saberse si los bienes o parte de ellos eran gananciales. Además, el artículo 1373 del Código Civil autoriza el embargo de bienes gananciales para el caso de que los bienes propios del cónyuge deudor no fueran suficientes para hacer efectivas sus deudas, estableciendo un mecanismo para proteger los intereses de otro cónyuge que precisamente ha utilizado la recurrente en el proceso de que el presente recurso trae causa. Por ello, el presente motivo ha de ser asimismo rechazado.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter privativo de dos inmuebles adquiridos por el esposo en régimen de cooperativa antes de contraer matrimonio siendo aplicable la legislación anterior a la reforma del Código Civil efectuada por la Ley de 13 de mayo de 1981.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2003

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don José Augusto interpuso demanda juicio ordinario declarativo de menor cuantía contra doña Consuelo solicitando se dictase sentencia en la que estimando las pretensiones de mi parte acuerde la formación del inventario de los bienes gananciales existente entre los esposos, practicando las adjudicaciones según Ley y declarando bienes privativos de don José Augusto el piso sito en Madrid, calle..., núm. ..., y el piso sito en Jaca (Huesca) así como los anexos al mismo, plaza de garaje y trastero, con expresa condena en costas a la demandada por su temeridad y mala fe al dar lugar a este procedimiento.

⊙ Doña Consuelo 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 «desestimando la petición de considerar como bienes privativos del Sr. José Augusto las dos viviendas, y aprobar a efectos de liquidación de la sociedad de gananciales el inventario que figura en el presente escrito, con expresa condena en costas a la parte actora.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid dictó Sentencia el 20 de septiembre de 1996 estimándose parcialmente la demanda y acordando lo siguiente: 1. Se declara el carácter privativo del esposo, don José Augusto, de los pisos sitos en Madrid, calle..., núm. ..., y del piso sito en Jaca (Huesca), así como los anexos al mismo, plaza de garaje y trastero. 2. Que en el activo de la extinta sociedad de gananciales de los esposos han de incluirse los siguientes bienes: a) el mobiliario existente en ambos inmuebles expresados, y que señala el actor en el hecho 3 de su demanda, apartado a y b; b) el importe actualizado conforme a los Índices de Precios al Consumo transcurridos desde el año 1986 hasta ahora de la suma de 2.913.126 pesetas, como crédito de la Sociedad frente al esposo por la amortización y pagos que fueron satisfechos por la Sociedad y que eran de su cargo. Estos bienes se repartirán por mitad entre los cónyuges, o bien, don José Augusto, abonará a doña Consuelo, la mitad de la cantidad antes indicada. No ha lugar a incluir en el activo ni en el pasivo ninguna otra partida de las solicitadas respectivamente por los esposos. 3. No se hace expresa condena sobre costas procesales.

⊙ En grado de apelación la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 25 de noviembre de 1997 desestimando el recurso formulado por doña Consuelo.

⊙ Doña Consuelo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El problema litigioso se circunscribe a la determinación del carácter ganancial, o privativo del marido, de dos bienes inmuebles, a cuyo extremo quedó reducido el litigio suscitado entre don José Augusto y doña Consuelo en relación con la liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de su extinción producida por haberse decretado judicialmente la separación matrimonial por Sentencia de 6 de octubre de 1986 del Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid confirmada por la de la Audiencia Provincial de 10 de enero de 1990.

Los inmuebles litigiosos son dos pisos adquiridos por el Sr. José Augusto a través de cooperativas de viviendas, uno sito en Jaca y otro en Madrid, los cuales se reconoce que le pertenecen con carácter privativo por las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid de 20 de septiembre de 1996, autos de juicio de menor cuantía 1229 de 1994, y de la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de la misma Capital de 25 de noviembre de 1997, recaída en el Rollo 1810 de 1996, que desestima el recurso de apelación formulado contra la resolución del Juzgado.

La decisión adoptada por los Tribunales de instancia se fundamenta en los siguientes extremos: 1. El matrimonio se celebró el 5 de junio de 1982 y por lo tanto en esta fecha se constituyó el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales. 2. Los dos inmuebles fueron adquiridos antes del matrimonio por el esposo, al cual le fueron adjudicadas las viviendas por las respectivas Cooperativas el 22 de mayo de 1979 (el piso de Jaca) y el 16 de febrero de 1981 (el de Madrid). Y, 3. La normativa civil aplicable es, conforme a la doctrina jurisprudencial, la vigente al tiempo de la adquisición, por lo que, en el caso, dadas las fechas anteriores, es la del Código Civil anterior a la redacción introducida en la materia por la Ley de 13 de mayo de 1981, con arreglo a la que tienen carácter privativo los bienes que cada uno de los cónyuges aportare al matrimonio. Por ello se reconocen del esposo demandante los dos inmuebles litigiosos.

En el primer motivo se alega violación del artículo 48 del Reglamento de Cooperativas aprobado por Decreto del 16 de noviembre de 1978, núm. 2710/1978, en relación con los artículos 103, 105 y 106 del mismo. El motivo se desestima por tres razones:

En primer lugar se invocan preceptos que no son idóneos para servir de soporte por sí solos a un recurso de casación, dado que tienen naturaleza reglamentaria y no constituyen normas que reconozcan con carácter autónomo derechos civiles, o relaciones o situaciones jurídicas de esta índole.

En segundo lugar, el enunciado del motivo no pasa de ser una excusa para combatir la apreciación probatoria efectuada por la resolución recurrida, la cual, con base en la documental obrante en las actuaciones, entendió que las adjudicaciones con carácter definitivo de las viviendas en litigio se efectuó por las Cooperativas al adjudicatario Sr. José Augusto en fechas 22 de mayo de 1979 y 16 de febrero de 1981. Tal apreciación sólo cabía desvirtuarla en casación mediante la denuncia de error en la valoración probatoria con expresa mención de la disposición legal que contenga una regla de tal índole y el sentido en que se considere conculcada, y en el caso no se cita ningún precepto idóneo al efecto, cuyo carácter por lo demás no tienen los que se indican en el enunciado del motivo.

Finalmente, en el motivo se tergiversa el sentido de la cuestión planteada en apelación. La resolución recurrida alude a la Ley de Cooperativas 52/1974, de 19 de diciembre, y más concretamente al Reglamento 2710/1978, de 16 de noviembre, (artículos 105 y 106), –a mayor abundamiento argumentativo– para rechazar la alegación de la parte recurrente de que la transmisión de la propiedad de las viviendas a los cooperativistas no tiene lugar hasta que se produce la liquidación de la Cooperativa y extinción de su personalidad jurídica. Nada tiene que ver este planteamiento, por lo demás acertadamente rechazado en la resolución recurrida, con la versión dialéctica que se suscita en el recurso de casación, en el que se discurre acerca de que el pago de una cantidad de dinero y la adquisición de la condición de socio no supone que se haya adquirido en propiedad los pisos, para lo cual es preciso el acuerdo de la Asamblea General de la Cooperativa, con cuya argumentación, además de traer a colación una cuestión nueva en cuanto no fue la suscitada en apelación, se incide en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, toda vez que la apreciación de la adjudicación definitiva de las viviendas la deduce el juzgador de instancia de la documental obrante en autos, y ésta no ha sido desvirtuada, ni siquiera intentada desvirtuar en la forma adecuada, anteriormente expuesta.

En los motivos segundo y tercero se acusa infracción de los artículos 1347 y concordantes, 1361, 1407 y 1397 y concordantes, todos ellos del Código Civil.

Los dos motivos se desestiman porque incurren en petición de principio o supuesto de la cuestión, ya que parten de la base de que, al no constar haberse producido la adjudicación con anterioridad al matrimonio, los bienes tienen carácter ganancial por haberse adquirido durante el mismo, apreciación que resulta contraria a la establecida en la sentencia de instancia en la que de forma meridiana se sienta probado, por la documental obrante en los autos, la fecha de aquellas

adjudicaciones, anteriores tanto al matrimonio como a la Reforma del Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, y tal apreciación fáctica resulta incólume en casación y vinculante para este Tribunal.

RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Nulidad de las capitulaciones matrimoniales al haberse otorgado por la esposa bajo intimidación, comenzando a transcurrir el plazo para el ejercicio de la acción cuando cesó la convivencia entre los cónyuges como consecuencia de la sentencia de separación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Antonieta formuló demanda de menor cuantía contra don Víctor Manuel solicitando que se dictase sentencia por la que se declare: a) Que las capitulaciones matrimoniales de fecha 26 de marzo de 1988, otorgadas ante el Notario de Chantada don Manuel Martínez García, bajo el núm. 359 de su protocolo, son nulas por haber sido otorgadas mediando intimidación en la demandante doña Antonieta, y por ello haber prestado ésta un consentimiento totalmente viciado; y en todo caso que son nulas por las causas que conforme a derecho aprecie el tribunal. b) Subsidiariamente, para el caso de que no fuese estimada la petición anterior, que las estipulaciones Segunda y Cuarta de las capitulaciones de 26 de marzo de 1988, otorgadas ante el Notario de Chantada don Manuel Martínez García, son nulas en cuanto significan una total violación de la igualdad de derechos entre ambos cónyuges y, conllevan un enriquecimiento injusto por parte del demandado a costa del patrimonio privativo de la actora. c) Subsidiariamente, para el caso de que no fuese estimada ninguna de las peticiones anteriores, que procede la resolución de las capitulaciones matrimoniales de 26 de marzo de 1988, otorgadas ante el Notario de Chantada don Manuel Martínez García, por haber incumplido el demandado las obligaciones que en ellas adquiría. d) Que en cualquiera de los casos anteriores se impongan al demandado la totalidad de las costas del procedimiento por su temeridad y mala fe.

Por su parte, don Víctor Manuel promovió demanda contra doña Antonieta y contra don Ricardo, solicitando se dicte sentencia por la que se declare que la sociedad de gananciales, ya disuelta, formada por don Víctor Manuel y doña Antonieta, está integrada por los bienes que se relacionan y se describen en las escrituras de capitulaciones que los mismos otorgaron ante Notario el 26 de marzo de 1988 y el 11 de agosto de 1989, con imposición de costas a la interpelada.

Admitidas a trámite ambas demandas, la representación procesal de cada uno de los litigantes, contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvieron por conveniente para terminar suplicando sentencia desestimatoria de las pretensiones de adverso, con imposición de costas a la parte actora, interponiendo Reconvención doña Antonieta y don Ricardo. Posteriormente se procedió a su acumulación.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Orense dictó Sentencia el 29 de julio de 1999 desestimando tanto la demanda principal como la acumulada.

Denigrado de apelación, la AP de Orense dictó Sentencia el 12 de febrero de 2000 estimando el recurso interpuesto por doña Antonieta y don Ricardo revocando parcialmente la del juzgado y, por

consiguiente, estimando la demanda y reconvención formuladas por doña Antonieta y don Ricardo contra don Víctor Manuel, declaró la nulidad de las escrituras de capitulaciones matrimoniales de fechas 26 de marzo de 1998 y 11 de agosto de 1989, con imposición de las costas de la instancia de la demanda principal y reconvención a cargo de don Víctor Manuel.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Se definen como infringidos, por aplicación indebida, los artículos 1265 del CC, según el cual: «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo» y 1267 del mismo cuerpo legal, en sus párrafos 2.º, 3.º y 4.º; alegando que la sentencia impugnada declara la nulidad de dos escrituras de capitulaciones matrimoniales, sin que en el fallo se precise la causa de la nulidad. No obstante, de la redacción de la súplica de la demanda –que solicita en primer término la declaración de nulidad de las capitulaciones por intimidación, planteando otros pedimentos en forma subsidiaria– y de la propia fundamentación jurídica de la sentencia de la Audiencia –se continúa en el Motivo–, que constituye el núcleo de sus razonamientos la eventual intimidación de la esposa demandante, aunque alude a otras potenciales causas de nulidad en algunos párrafos del FJ 1, pero que, al emplear en la redacción la forma verbal «sería [nula la escritura]» rebaja a meras hipótesis los demás supuestos motivos de nulidad, en los que no puede entrar, además, por suscitarse subsidiariamente, se colige que la nulidad discutida tiene, para la Audiencia, su origen en dicho vicio del consentimiento; por lo que en este recurso no se formulan más motivos de casación en relación con otras distintas causas de nulidad.

Se denuncia, pues, que la Sala *a quo* declara la nulidad de esas escrituras sin que en el fallo se precise la causa de la nulidad. Motivo inconsistente, porque, es obvio que en esa parte dispositiva, sólo se contiene el *dictum* o mandato judicial y, en su razonamiento previo la causa del mismo que, no es otra que haber concurrido en aquel otorgamiento el vicio invalidatorio de la intimidación sufrida por la esposa a causa de la conducta del marido demandado. Es expresivo el tenor de su FJ 2 «... si nos atenemos al hecho de que entre tales testimonios figura el del único hijo de los litigantes, bien que intervenga como reconviniente al contestar a la demanda tras la subsanación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, así como los testimonios de hermanos y otros familiares de la actora, cuyas declaraciones cobran una especial significación si nos atenemos al hecho de que el hijo y un hermano de la actora convivían con los litigantes en el domicilio familiar del Pazo de E., expresando que el demandado tenía totalmente anulada la capacidad de decisión de su esposa, a la que amenazaba constantemente, o que el dicente veía acobardada a su hermana e influenciada por su marido, que la amenazaba continuamente con matar a su familia y suicidarse, etc. Del carácter violento del demandado no deja margen alguno de duda la sentencia del Juzgado de lo Penal de Orense, que lo condena por agredir a su hijo dándole un golpe en la cabeza con un hacha al levantarse de la mesa tras el almuerzo familiar. El momento del cese de tal situación de intimidación o violencia, es un dato que no ofrece duda alguna, puesto que si doña Antonieta toleró muchas cosas en cuanto se produce la agresión de su esposo al hijo de ambos, de inmediato presenta demanda de separación conyugal que, efectivamente, así se produce por Sentencia de fecha 17 de junio de 1992 incorporada a estos autos...».

En el segundo motivo se denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, definiendo como infringido, por interpretación errónea del artículo 1301 CC, en cuanto establece que el plazo de cuatro años para ejercitar la acción de anulabilidad empieza a correr en los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado; y, razona que, aun aceptando a título de polémica la concurrencia de algún tipo de intimidación en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales –lo que expresamente negamos–, la acción para la impugnación del negocio estaría prescrita.

El Motivo también fracasa, ya que no se incurre en ese vicio o infracción del artículo 1301 del CC, sobre el cómputo del plazo de 4 años para atacar el contrato aquejado de aquel vicio, porque, acontecida la intimidación en el seno de la convivencia conyugal, ésta no cesa hasta que desaparece esa convivencia, a raíz de la separación de los cónyuges (porque, es claro que el cómputo de ese plazo se inicia desde que cesa la intimidación –*ex* artículo 1301–, la cual permanece o es relevante tanto cuando se otorgaron sendos actos jurídicos que se invalidan como mientras perdura tal convivencia conyugal que, hasta impediría la eventual defensa frente a ella mediante la impugnación

entablada en la demanda) y, por tanto, ese plazo de 4 años permanece vigente no sólo cuando se otorga la primera escritura en 26 de marzo de 1988, sino cuando se efectúa la segunda, en 11 de agosto de 1989, compartiéndose, además, todo lo argumentado por la recurrida en su FJ 4, al decirse: «Ante la existencia de la intimidación, dicho vicio de la voluntad es determinante de la anulabilidad y, por ende, entra en juego el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 del CC, a contar desde el día en que la intimidación hubiera cesado. El cómputo, pues, no debe iniciarse desde la primera escritura de capitulaciones, como pretende el demandado, ni siquiera desde la segunda, sino desde el cese efectivo de la convivencia conyugal, que se produce por la Sentencia de separación de fecha 17 de junio de 1992, por la que se obliga al esposo a abandonar el domicilio familiar. Aun en el supuesto de que no se hubiera estimado probada la existencia del aludido vicio en el consentimiento, dada la complementariedad de las escrituras el plazo de prescripción comenzaría a correr desde la última escritura, de 11 de agosto de 1989, y por ende al haberse formulado la demanda en fecha 24 de octubre de 1992, tampoco hubiera transcurrido el plazo de cuatro años necesario para que la prescripción tenga lugar. A mayor abundamiento de lo que antecede, en la reconvención formulada por el hijo de los citados litigantes don Ricardo, se interesa expresamente que se haga extensivo el pronunciamiento de nulidad de modo conjunto a las dos escrituras de capitulaciones de fecha 26 de marzo de 1988 y 11 de agosto de 1989».

En el tercer motivo se denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Se define como infringido, por inaplicación, el artículo 1256 del CC que dispone que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Tampoco acontece la infracción del artículo 1256 del CC, ya que, la desestimación de la demanda del hoy recurrente, no sólo se apoya en el juego de esa cláusula inserta en la segunda escritura de 11 de agosto de 1989, que dice así: «En caso de discrepancia entre los otorgantes, quedará sin efecto todo lo anterior», lo que sería suficiente, pues, responde a lo pactado literalmente, sino a que tanto ésta como la anterior de 26 de marzo de 1988, han quedado invalidadas por la apreciada patología de la intimidación padecida por la esposa en sendos otorgamientos.

En el cuarto motivo se denuncia al amparo del artículo 1692.4º LEC, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Definiéndose como infringido, por inaplicación, el principio general de conservación del contrato cuando éste se interpreta. Tampoco el Motivo prevalece, porque ese supuesto principio de conservación del contrato o negocio, no se vulnera en el caso de autos, ya que, de la declarada nulidad, todo el complejo negocial proviene del juego de esa taxatividad de la cláusula aludida, aparte de la repetida presencia del vicio invalidatorio, porque, otra cosa sería cuando el pacto o cláusula atacada, sólo abarcase un pormenor o parte del negocio en que se encontrase inserto, pero no, cuando, como en autos, su generalidad es bien significativa ... «quedará sin efecto todo lo anterior», esto es, el mismo negocio que lo acoge.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La fecha de disolución de la sociedad de gananciales es la coincidente con la sentencia que no admite ningún recurso ordinario ni extraordinario, que en este caso y tratándose de un procedimiento tramitado conforme a la antigua LEC, será la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo. Exclusión del inventario de los regalos de boda.
Inclusión en el inventario del importe actualizado de las primas del seguro de vida contratado por el esposo y del stock de medicamentos de la farmacia del esposo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

ANÁLISIS DEL CASO

Don Pedro Miguel interpuso demanda de menor cuantía contra doña Frida solicitando se dictase sentencia por la que se acuerde: 1. Estimar la impugnación de las operaciones divisorias y de adjudicación realizadas por el C. dirimente, don Carlos José, a tenor de lo expuesto en el cuerpo del presente

escrito, tanto en lo que concierne a las exclusiones e inclusiones ya enunciadas, como a las valoraciones asimismo señaladas. 2. Aprobar el inventario formalizado en el presente escrito de demanda, en lo que concierne a su activo y pasivo. 3. Decretar las adjudicaciones de acuerdo con los criterios y modalidad que se han propuesto. 4. Condenar al demandado a estar y pasar por tales declaraciones, con expresa imposición en costas si se opusiera a la presente demanda.

⊙ Admitida la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos y contestó a la misma, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que: «desestimando la demanda interpuesta por don Pedro Miguel, y absolviendo de dicha demanda y de todos sus pedimentos a nuestra representada, doña Frida, declare definitivamente aprobada la partición realizada por el contador-partidor dirimente, e imponiendo expresamente a la parte demandante las costas que se causen en este procedimiento».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Murcia dictó Sentencia el 26 de febrero de 1997 estimando parcialmente la demanda y declarando haber lugar a la impugnación del cuaderno particional al que se refiere la demanda sin que haya lugar a la aprobación del cuaderno particional aportado por la actora y a las adjudicaciones propuestas por ésta; en ejecución de sentencia se practicarán las correspondientes operaciones que se ajustarán a las previsiones de los fundamentos jurídicos de esta sentencia y, especialmente, los relativos a la fecha de disolución de la sociedad conyugal que será el 14 de julio de 1980, actualización de valores y deducción de pagos a la Hacienda Pública, naturaleza ganancial de la vivienda sita en C/ Derechos Humanos, deuda con la comunidad por honorarios profesionales y pago de capital o intereses de la póliza 04.03.1977, no inclusión en el inventario del aumento de valor de la farmacia sin perjuicio del derecho de reembolso y no inclusión en el inventario de gastos en beneficio de la compañera sentimental del actor; se imponen a cada parte las costas causadas a su instancia.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Murcia dictó Sentencia el 15 de diciembre de 1997, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de Pedro Miguel y Frida revocando parcialmente la sentencia de instancia en los siguientes extremos: la fecha disolución del régimen de sociedad de gananciales será el 22 diciembre 1982; la actualización del IPC se concretará al numerario; inclusión de 1.354.600 pesetas como ganancial por stock de la farmacia; la valoración del rescate de la primera de seguro de vida se ajustará a la mencionada Fecha de disolución; y finalmente consideración de gananciales de los regalos de boda reseñados en el inventario de la esposa salvo los excluidos en el Fundamento de Derecho 10, confirmando el resto de los pronunciamientos. No se hace especial declaración sobre las costas devengadas en esta alzada.

⊙ Doña Frida interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fecha en la que quedó disuelta la sociedad de gananciales.

Denuncia la recurrente la infracción del artículo 95.1 del Código Civil, en relación con los artículos 369, 408 y 406 de la citada Ley Procesal «al entender la sentencia recurrida que la de 22 de diciembre de 1982, que puso fin al recurso de apelación entablado contra la sentencia de primera instancia, de 14 de julio de 1980, dictada en el proceso de separación seguido en el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Murcia, con el número 80 del año 1980, fue firme en aquella fecha y produjo en la misma la disolución del régimen económico del matrimonio formado por don Pedro Miguel y doña Frida». Fundamenta su resolución el Tribunal de instancia en relación al momento en que se produce la disolución de la sociedad de gananciales y, por tanto, queda determinado cuál es el patrimonio

que se pretende liquidar, diciendo que «a tal efecto el artículo 95 del Código Civil prevé la disolución del régimen económico matrimonial en relación a los bienes del matrimonio desde la sentencia firme, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1392.3 del mismo Texto Legal, lo que es evidente es que como tal ha de tenerse el pronunciamiento dictado por la sentencia dictada el 22 de diciembre de 1982 por la antigua Audiencia Territorial de Albacete cuyos postulados fueron confirmados en su integridad por el TS el 18 de septiembre de 1986, razón por la cual será la sentencia de Albacete la que deba servir de base para concretar los bienes comunes; ello se corresponde igualmente con la fecha reflejada en la inscripción marginal del Libro de Matrimonios con lo que ninguna dicotomía se produce en relación a terceras personas».

Al establecer el artículo 95 del Código Civil, en su párrafo primero, que «la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial»; se está refiriendo al concepto que de «sentencias firmes» da el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 al considerar como tales «cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes», o, como dice el artículo 207.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, «son resoluciones firmes aquellas contra las que las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado». Asimismo es de tener en cuenta que el artículo 73 del Código Civil, en su redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958, aplicado a la separación de los litigantes por razones temporales, establecía: «La ejecutoria de separación producirá los siguientes efectos: 1.º La separación de los conyuges... 4.º La separación de los bienes de la sociedad conyugal».

Interpuesto recurso de casación contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Albacete de 22 de diciembre de 1982, que puso término a la segunda instancia en el proceso de separación matrimonial de los aquí recurrente y recurrida, tal sentencia no adquirió firmeza hasta la Sentencia de este Alto Tribunal de 18 de septiembre de 1986, a lo que no obsta el que el pronunciamiento de primera instancia que acordó la separación de los cónyuges quedase firme al no haber sido recurrido por ninguno de los contendientes y limitarse el objeto de la apelación a la declaración de culpabilidad en cuanto a la causa de separación y a los efectos en relación con la patria potestad.

El concepto de sentencia firme no se alcanza, a tenor del artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 245.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino cuando contra la sentencia no procede recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentido por las partes, «habiendo declarado esta Sala en su Sentencia de 19 de noviembre de 1941 que los principios de orden procesal señalan de un modo general el momento de la publicación de la sentencia como el comienzo de la producción de sus efectos para las partes y para el exterior» (Sentencia de 13 de octubre de 1965). Como reconoce la doctrina, normalmente va unido al efecto de la firmeza de la resolución al de su ejecutoriedad, en el sentido de que no puede pretenderse ni llevarse a efecto la ejecución si el título judicial que le sirve de base no es firme.

No puede olvidarse que cuando el legislador ha querido desligar la firmeza del pronunciamiento principal en los procesos matrimoniales, de la impugnación de las medida acordadas, ha establecido un precepto claro y preciso en el artículo 774.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, diciendo que «si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio», prueba de que en el régimen legal precedente la sentencia no adquiría firmeza hasta que no se resolvían los recursos interpuestos o era consentida por las partes, cualquiera que fuera el contenido del recurso interpuesto, es decir que fuesen impugnados todos o sólo algunos de los pronunciamientos de la sentencia y hubiesen quedado firmes los consentidos y no impugnados.

Criterio el expuesto que se ve ratificado por la sentencia de 31 de diciembre de 1998 según el cual «recaída sentencia firme de separación matrimonial se produce la disolución de la sociedad legal de gananciales de manera automática y por ministerio de ley, según se desprende del artículo 1392 cuando preceptúa que la sociedad de gananciales concluirá «de pleno derecho»; así como por la Sentencia de 4 de abril de 1997 a cuyo tenor «se produce la disolución *ipso iure* de la comunidad cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges, tal como dispone el artículo 1392, número 3.º, del Código Civil de acuerdo con lo que prevé, con carácter general, el artículo 95».

En consecuencia, se estima el motivo.

2. Gastos realizados en un inmueble privativo.

Denuncia la recurrente la infracción del artículo 1359 del Código Civil, por inaplicación de su párrafo segundo; se refiere el motivo a la aplicación por la Sala de instancia del párrafo 1.º del citado artículo 1359 a los gastos realizados en «la pequeña vivienda construida en el patio y de la fachada» de la farmacia privativa del esposo. El párrafo segundo del artículo 1359 del Código Civil contiene una excepción a la regla sobre reintegro o reembolso del valor satisfecho por mejoras en los bienes gananciales privativos, lo que exige que, por quien se alega la aplicación de ese párrafo segundo, se pruebe que los bienes privativos

objeto de la inversión han experimentado, a consecuencia de ésta, un aumento de valor, incremento de valor que, en este caso, no resulta acreditado, por lo que el motivo se desestima.

3. Pago con dinero ganancial de las primas del seguro de vida contratado por el esposo.

En este motivo se denuncia la infracción del artículo 1353 del Código Civil en cuanto que la sentencia recurrida y en relación con la póliza de seguro de vida concertada por el recurrido accede a la pretensión de éste de que «se reduzca el importe del rescate de la prima del seguro de vida». Indudablemente la sentencia recurrida incurre en error cuando se refiere «al rescate de la prima», como valor a satisfacer por el marido a la sociedad de gananciales; lo que debe reembolsar el recurrido a la sociedad de gananciales son las cantidades por él satisfecha con dinero ganancial para el pago de las primas del seguro de vida por él concertado y no la cantidad percibida como rescate del seguro, cantidad siempre menor a la pagada en concepto de prima, como se pone de manifiesto en el artículo 83.3 de la Ley de Contrato de Seguro. En consecuencia, se estima el motivo.

4. Regalos de boda.

El motivo cuarto alega infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el valor de los actos propios y del artículo 1361 del Código Civil por cuanto la sentencia recurrida atribuye carácter ganancial a determinados regalos de boda hechos por terceras personas a la demandada recurrente en casación, siendo así que tales bienes tienen carácter privativo de ésta.

Es cierto que en la diligencia de inventario que tuvo lugar el 22 de enero de 1992, el actor incluyó como bienes gananciales, constitutivos de la sociedad conyugal, los que se dicen en el motivo, entre los que no se encontraban los regalos de boda recibidos por la esposa quien, en esa diligencia de inventario, los incluía como bienes privativos suyos, oponiéndose el actor hoy recurrido a tal inventario.

Dice la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 28 de enero y 9 de mayo de 2000, y 13 de marzo de 2003, entre otras numerosas) que «el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (*nemo potest contra propium actum venire*), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en él se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un 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 o 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 de que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior». Negado por el actor recurrido en el acto de formación de inventario el carácter privativo de los regalos de boda hechos a la esposa que ésta les atribuía en su inventario, carece de ese carácter concluyente que la citada doctrina exige, el inventario del activo de la sociedad de gananciales que realizaba el marido. No cabe, por tanto, la aplicación en este caso de la doctrina de los actos propios que se propugna en el motivo.

Al contrario, se equivoca la Sala de instancia cuando atribuye a los regalos de boda cuestionados la condición de bienes gananciales en virtud de la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 del Código Civil. Tales regalos constituyen donaciones por razón de matrimonio de acuerdo con el concepto que de las mismas da el artículo 1336 del Código Civil, donaciones que por realizarse «antes de celebrarse» el matrimonio, nunca pueden calificarse como bienes gananciales (artículos 1344 y 1345 del Código Civil) y así lo establece el artículo 1339 al decir que «los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa». En este sentido procede la estimación del motivo, lo que obliga a determinar si los indicados regalos son bienes privativos de la recurrente o si, por el contrario, existe sobre ellos un pro indiviso entre recurrente y recurrido.

Las pruebas aportadas a los autos acreditan que tales regalos fueron hechos exclusivamente a la esposa y no conjuntamente a ambos futuros contrayentes pues no existe en autos prueba alguna que permita afirmar esa donación conjunta a ambos. Por tanto debe declararse la propiedad exclusiva de la recurrente sobre los repetidos regalos que se relacionan en el fundamento jurídico décimo de la sentencia recurrida.

5. Stock de medicamentos existentes en la farmacia propiedad del esposo.

El motivo quinto alega infracción del artículo 1359 del Código Civil, por entender la sentencia recurrida que «con la letra LL recoge en sus operaciones particionales el contador dirimente debe quedar reducida a 1.394.600 pesetas, que es el valor que se otorga, sin justificación alguna, al stock de medicamentos existente en la farmacia»; a continuación se invoca en el motivo el artículo 1360 de aquel Cuerpo legal. Se argumenta en el motivo que la inversión de bienes comunes en la empresa produce, además de unos frutos o beneficios, un incremento del valor de la misma que queda integrado en ella, surgiendo un derecho de crédito que se hará efectivo, según el artículo 1359.2.º, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado.

El incremento de valor de los bienes privativos –en este caso, está reconocido el carácter privativo de la farmacia en cuestión a favor del actor recurri-

do– puede deberse a una doble fuente; la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1359, aplicable a un establecimiento de farmacia en virtud de la remisión que hace el artículo 1360. En cuanto a que el incremento de valor tenga su origen «en la actividad de cualquiera de los cónyuges», es unánime la doctrina científica en considerar que no debe de tenerse en cuenta la dedicación habitual del cónyuge propietario, ya que tal dedicación responde a la buena administración que todo cónyuge procura hacer de sus bienes propios y porque la sociedad de gananciales se beneficia con el producto de la actividad del cónyuge propietario, incluso teniendo una cualificación profesional específica. En consecuencia, no puede, en este caso, tomarse en cuenta el posible incremento de valor del negocio de farmacia debido a la dedicación habitual de su propietario privativo; no estando acreditado que la ahora recurrente haya colaborado con su actividad a la explotación del negocio.

Y el cuanto a la inversión de fondos comunes, la única que resulta acreditada es la realizada para la compra de los productos a vender, existentes al momento de la disolución de la sociedad de gananciales, es decir, la fecha fijada en el fundamento segundo de esta resolución. En este sentido procede la estimación del motivo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No procede incluir en el activo de la sociedad la cantidad que percibió el esposo como consecuencia de indemnizaciones derivadas de contribuciones previas del trabajador al Fondo de Garantía Salarial, ya que dicha cantidad se aportó para entrar a trabajar en otra empresa que posteriormente fue declarada en suspensión de pagos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

ANÁLISIS DEL CASO

Don Carlos María promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Magdalena sobre liquidación de la sociedad de gananciales en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «Se estime la presente demanda, liquidando la sociedad de gananciales con las alternativas especificadas en el hecho sexto de la presente demanda, e imponiendo las costas a la parte demandada».

Admitida a trámite la demanda y comparecida la demandada, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, formuló reconvención en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que «A) Acuerde desestimar íntegramente la pretensión de la demandante expresada en su demanda, con expresa imposición de costas a la actora. B) Estimando la reconvención, declare para el supuesto de estimación parcial de la demanda, que procede la disolución de la sociedad de gananciales a practicar en ejecución de sentencia sobre las bases de las siguientes declaraciones y condenas: a) Declarar consentida por parte de la demandante y condenándole a pasar por ella, la valoración del inventario de bienes de la sociedad y que asciende al importe máximo de 6.008.523 pesetas, por actos concluyentes del actor. b) Declarar como integrante del patrimonio ganancial las indemnizaciones y capitalización de desempleo obtenidas por el esposo por su cese o extinción en la empresa Máquinas de C. c) Acordar –y condenar a que las partes pasen por dicha decisión–, que la vivienda debe adjudicarse a la esposa que ostenta el derecho de uso de la misma, asignando al esposo los bienes del resto de la

sociedad que pudieran corresponderle por su mitad de gananciales, previa su correspondiente valoración, condenando a la esposa a abonarle en efectivo el exceso que de existir se hubiera adjudicado por la atribución de la vivienda».

⊙ Conferido traslado a la actora de la demanda reconvencional formulada, ésta la evacuó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que «se desestime la presente demanda reconvencional que se contesta, e imponiendo las costas a la parte reconviniente».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Eibar dictó Sentencia el 27 de marzo de 1996 estimando parcialmente tanto la demanda comola reconvención y declarando que el inventario del activo y del pasivo de la sociedad de gananciales del matrimonio contraído en fecha 4 de junio de 1955 por los mismos queda integrado por las partidas que se describen en el Fundamento Jurídico 4 de esta sentencia y, en consecuencia, se proceda en ejecución de sentencia en defecto de acuerdo entre las partes, y con observancia de lo dispuesto en los artículos 1399 y siguientes del Código Civil, por los trámites del Juicio de Testamentaría, a la liquidación, partición y adjudicación de los bienes, sin realizar expreso pronunciamiento en costas.»

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Guipúzcoa dictó Sentencia el 23 de diciembre de 1997 estimando en parte los recursos de apelación articulados por ambos litigantes revocando parcialmente la sentencia del juzgado, y en su lugar, al objeto de liquidar la sociedad de gananciales de los litigantes, se acuerda la adjudicación a doña Magdalena, de la vivienda de la villa de Eibar, con el mobiliario correspondiente que se encuentra en dicho piso, y con la expresada adjudicación, doña Magdalena deberá entregar a su cónyuge don Carlos María la cantidad de 5.000.000 de ptas. Por su parte, a don Carlos María se le adjudica el local comercial en planta baja, destinado a garaje, núm. ... del edificio denominado de locales comerciales.

⊙ Doña Magdalena interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de primer grado jurisdiccional, estimó parcialmente la demanda e igualmente la reconvención y declaró que el inventario del activo y pasivo del matrimonio contraído el 4 de junio de 1955 por dichos litigantes queda integrado por A) Vivienda de la Villa de Eibar). B) Local comercial, planta baja destinada a Garaje. C) Mobiliario y ajuar existentes en dicha vivienda. D) Crédito de la Sociedad de gananciales contra don Carlos María, por importe de 1.712.471 pesetas, obtenido del cese en la empresa «Máquinas de C» por expediente de regulación de empleo de prestación por desempleo. En defecto de acuerdo de los interesados, se procedería en ejecución de sentencia por los trámites del juicio de testamentaría, a la liquidación, partición y adjudicación de los bienes.

La sentencia del Juzgado fue recurrida, determinada por la apelación de ambas partes y ésta originó que la Audiencia Provincial de San Sebastián, estimando dichos recursos en parte, revocara la del Juzgado y acordase la adjudicación a la esposa de la referida vivienda con el mobiliario existente en ella, debiendo ésta entregar a su cónyuge cinco millones de pesetas. Al esposo se le adjudicó el local comercial y se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia.

El inicial motivo del recurso imputa incongruencia al fallo recurrido y se basa en el suplico de la reconvención donde postulaba: «b) declare como integrante del patrimonio ganancial las indemnizaciones y capitalización de desempleo obtenidas por el esposo por su cese o extinción en la empresa Máquinas de C. c) Acordar que la vivienda ha de adjudicarse a la esposa que ostenta el derecho de uso de la misma, asignando al esposo el exceso de los bienes de la masa...». Pues bien –dice el motivo primero– que la sentencia ha

omitido todo pronunciamiento respecto a la suma de 1.416.930 pesetas. Obra un certificado que acredita que percibió tal cantidad del Fondo de Garantía Salarial.

El motivo no puede acogerse. En cuanto al apartado B) del suplico de su reconvención, relativo a la adjudicación de la vivienda a la esposa, así se ha hecho en la sentencia recurrida y en cuanto a la otra petición no ha sido aceptada en la sentencia, que se ha remitido al fallo de primer grado.

No puede reputarse la sentencia *a quo* como incongruente por no acoger, sino parcialmente, un concreto *petitum* de la demanda reconvencional. Sólo ha declarado probado y acreditado en los autos que lo percibido por el Sr. Carlos María fue la cantidad de 1.712.471 pesetas por el desempleo en septiembre de 1990, al tratarse de una indemnización fruto del trabajo dependiente y por cuenta ajena. La sentencia *a quo*, al inicio de sus fundamentos jurídicos, acepta los hechos probados de la sentencia del Juzgado, pero además recoge como petición de la demandada (ahora recurrente en casación) en su apartado b) «Declarar como integrante del patrimonio ganancial las indemnizaciones y capitalización de desempleo obtenidas por el esposo por su cese o extinción en la empresa Máquinas de C. SA. Como la cantidad es indeterminada, quedará para ejecución de sentencia su determinación, sirviendo dicha cantidad para realizar las operaciones de inventario y posterior adjudicación». Eso fue lo pedido en alzada por la ahora recurrente y la Audiencia acordó mantener en este punto el fallo del Juzgado.

La concordancia permite dar menos de lo pedido y esto es lo que ha hecho la sentencia que se impugna –8entencias de 17 de mayo y 7 de noviembre de 1980, 25 de mayo y 12 de junio de 1981, 20 de mayo de 1982, 16 de mayo de 1983, 15 de noviembre de 1984, 5 de febrero, 24 de mayo y 8 de julio de 1985, 17 de marzo de 1986 y 2 de noviembre de 1993, entre otras muchas–. El motivo tiene que decaer inexcusablemente.

El segundo motivo vuelve a repetir el tema de la incongruencia y entiende producido tal vicio porque la sentencia combatida, alterando el objeto del proceso, declara en su fundamento jurídico segundo que «la Sala ha examinado las actuaciones y como consecuencia del estudio de las mismas, especialmente atendiendo a las circunstancias, tales como la edad del demandante, el tiempo transcurrido desde que se instó la liquidación de la sociedad de gananciales, que los hijos son mayores de edad ... que (como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales) la pensión comparativa a favor de la esposa quedará sin efecto...» Aunque añade que «no puede decidirse nada al no haber petición de las partes al respecto», entiende que se ha producido un quebrantamiento de forma. Pretende que esta Sala declare no correcta la apreciación jurídica efectuada por la Sala. El motivo perece inexcusablemente, pues si la propia recurrente acepta y reconoce en su extraño motivo, que ello no afecta en nada a la pensión económica de la recurrente, ello no puede ser motivo de recurso de casación. El recurso de casación se da contra el fallo de las resoluciones y no contra lo razonado en las mismas, en tanto no trasciende a la parte dispositiva –Sentencias de 25 de enero y 18 de julio de 1991–.

El último motivo del recurso denuncia infracción de los artículos 1347.1 y 1361 del Código Civil y de las sentencias –en plural– pero sólo cita la de 25 de marzo de 1988 y entiende que debe integrarse en el patrimonio ganancial la suma de 1.416.930 pesetas y en la masa ganancial se integra la de 1.712.471 pesetas obtenida por idéntico concepto que la ahora solicitada. Entiende que las prestaciones de FOGASA (Fondo de Garantía Salarial), indemnizaciones derivadas de contribuciones previas del trabajador, constituyen fondo ganancial. El motivo decae, porque pretende desconocer una realidad fáctica acreditada y es que si se decretó la separación provisional de su matrimonio el 16 de junio de 1988 y el 20 de enero de 1989 se dictó sentencia de separación matrimonial, desde tal momento dejaron de vincularse los bienes a la sociedad conyugal de gananciales, y posteriormente, el 31 de julio de 1990 es cesado de su empresa y por tal rescisión percibe 1.416.930 pesetas que, junto a 1.689.179 pesetas aportó para entrar a trabajar en la empresa E. SAL que quedó en suspensión de pagos y no ha existido por ello un beneficio en su patrimonio, como consta de los autos de primera instancia a los folios 18 y 19, separación matrimonial del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vergara (o Bergara), del Certificado del Jefe de la Sección de Prestaciones del Instituto nacional de Empleo (Guipúzcoa) –folio 316– y de la Intervención de la suspensión de pagos de E. SAL.

En definitiva, que el Sr. Carlos María fue cesado en la empresa «Máquinas de C. SA» el 31 de julio de 1990 después de su separación judicial, puesto que el 16 de junio de 1988 se decretó la separación judicial en que se decretó la subsistencia de las medidas acordadas en precedente auto y quedó ratificada la disolución de la sociedad de gananciales. Asimismo, por tal rescisión de su actividad laboral, percibió 1.416.930 pesetas que, junto a 1.689.179 pesetas como capitalización de su desempleo aportó para entrar a trabajar en la Empresa E. SAL la cual queda en suspensión de pagos, por lo que al no existir un beneficio en su patrimonio, el motivo perece inexcusablemente.

Desestimación de la tercería de dominio ejercitada por la esposa respecto a un bien que figura inscrito en el Registro como presuntivamente ganancial, aun cuando los cónyuges, antes de la adquisición del bien otorgaron capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes, al haber mantenido oculto frente a terceros tal circunstancia dando apariencia de solvencia del esposo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Ineficacia del documento privado en el que los cónyuges dividían los bienes existentes entre ambos al considerarse a dicho documento como una mera oferta o proyecto contractual que no había sido aceptado por la esposa en su momento, sino después de tramitarse los procedimientos de separación y divorcio, en los que precisamente se resolvió, respecto al uso de los inmuebles, de forma opuesta al contenido de aquel documento.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Antonia presentó demanda de juicio de menor cuantía contra don José Manuel solicitando se dictara sentencia por la que se acordase: 1.º Declarar válido y eficaz el acuerdo de división suscrito por don José Manuel y doña Antonia el 4 de mayo de 1987 respecto de los bienes que en el mismo se relacionan. 2.º Que en virtud de lo convenido entre ambas partes en dicho documento privado de fecha de 4 de mayo de 1987 corresponden y deben ser entregados a doña Antonia los bienes que en el mismo se relacionan y subsidiariamente para el caso de no acogerse las precedentes pretensiones: 1.º Declarar disuelta la comunidad existente entre la demandante doña Antonia y el demandado don José Manuel respecto de los bienes inmuebles relacionados en el Hecho Tercero de esta demanda, y que figuran en las escrituras públicas acompañadas, por la separación matrimonial y ulterior Divorcio. 2.º Declarar que dichos bienes en conjunto son esencial y jurídicamente indivisibles en dos partes iguales por lo que se hará la división adjudicándolos a la ex esposa doña Antonia quien deberá pagar al ex esposo don José Manuel el cincuenta por ciento (50%) de su valor. 3.º En el caso de que el Sr. José Manuel no acepte tal forma de división, se acuerde que se vendan los citados inmuebles en pública subasta con reparto del precio, con admisión de licitadores extraños. 4.º Que doña Antonia continua en el derecho de «uso y ocupación» del piso –vivienda familiar– de C/ Dirección ... núm. ..., según quedó establecido en las Medidas Provisionalísimas núm. 575-87 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3, de Familia y confirmadas por sentencias firmes de 14 de octubre de 1989 de separación y la de 16 de febrero de 1993 dictadas, esta última en trámite de divorcio, por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial.

Don José Manuel compareció en autos y contestó a la demanda proponiendo las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de competencia de dicho Juzgado para resolver sobre determinadas cuestiones, oponiéndose a continuación en el fondo e interesando se estimara la referida excepción de falta de litisconsorcio o, en otro caso, se declarase «que no procede dictar el cese en la indivisión del domicilio sito en la Dirección 000 núm. 000 de esta Ciudad (dado el uso que existe sobre el mismo de carácter familiar y haberse otorgado por el Juzgado de Familia núm. tres de esta Ciudad), se dé lugar a la *actio communi dividundo* en lo referente al resto de los bienes cotitulados a nombre de las partes litigantes y a la oportuna rendición mutua y recíproca de cuentas entre actora y demandado, condenando a abonar el que resultare deudor la cantidad que se determine al que resultare acreedor.

De la reconvención implícita se dio traslado a la parte actora, quien contestó a la misma en el sentido de que procedía estimar su demanda sin excluir la casa de la Dirección ....

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Palma de Mallorca dictó Sentencia el 31 de enero de 1997 estimando la demanda y declarando válido y eficaz el acuerdo de división suscrito por las partes el día 4 de mayo de 1987, respecto de los bienes que en el mismo se relacionan, acordó la entrega a

cada parte los bienes allí relacionados; todo ello sin perjuicio de los derechos de uso que se hayan establecido por las sentencias dictadas en los procedimientos de separación y a salvo acuerdo de las partes, todo ello sin hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 10 de febrero de 1998 revocando la sentencia del juzgado, desestimando la demanda interpuesta por doña Antonia y estimando parcialmente la reconvención implícita en el sentido de que procede efectuar rendición de cuentas entre actora y demandado referente a los bienes cotitulados a nombre de ambos origen de la litis que se efectuará en ejecución de sentencia, sin que afecte a ello el uso que hace don José Manuel de la casa de la c/ Dirección 000. No se hizo pronunciamiento de condena en costas ni de la 1.ª ni de la 2.ª instancia.

⊙ Doña Antonia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demandante-recurrente, que había estado casada con el demandado, promovió contra éste en mayo de 1995, seis años después de dictarse sentencia firme de separación matrimonial y algo más de dos años después de dictarse sentencia firme de divorcio, el litigio causante de este recurso de casación, pidiendo se declarase válido y eficaz un acuerdo de división de bienes entre ambos litigantes, cuyo régimen económico conyugal había sido el de separación de bienes propio del Derecho balear, que en la demanda se decía celebrado el 4 de mayo de 1987, veintisiete días antes de que el demandado instara las medidas provisionalísimas de separación.

Como prueba de dicho acuerdo se aportaba una cuartilla escrita a bolígrafo con dos columnas bajo las respectivas menciones de «Ella» y «Él», consignándose en la de la izquierda el piso nuevo con todo lo que hubiera dentro de él, la planta baja, todas las joyas, todos los objetos de plata, el pago de la guardería de una de las dos hijas del matrimonio, diez mil pesetas al mes y «todos los muebles y electrodomésticos que quieras del piso viejo», mientras que en la de la derecha, es decir la correspondiente a «Él», se consignaban el piso viejo y «todas las costas que deje (marfil, adornos, jarrones)». Al dorso de la cuartilla aparecía escrito lo siguiente: «Mientras trabajes, tendré y alimentaré a las niñas cuando el trabajo tuyo o las circunstancias lo impidan por tu parte. Antes de vender algún objeto de valor ofrecerlo a mi antes de a nadie, para que no lo pierdan las hijas.» Al pie del anverso de dicha cuartilla figuraba la firma del demandado, que nunca ha negado ser quien escribió el texto hasta ahora referido, pero algo más arriba y a la derecha, bajo la columna «Él», aparece escrita la frase «Acepto estas condiciones», con la firma de la actora-recurrente más abajo, y al dorso, debajo del texto igualmente referido, la frase «Acepto las condiciones que dispones para liquidar los bienes comunes», igualmente con la firma de la actora-recurrente, frases y firmas ambas escritas con bolígrafo claramente distinto del utilizado para escribir el resto del contenido de la cuartilla.

Contestada la demanda por el hoy recurrido pidiendo la división de los bienes titulados por mitades indivisas entre ambos litigantes durante su matrimonio, salvo el piso cuyo uso se adjudicó al propio demandado para vivir con una de sus hijas, así como la rendición de cuentas mutua y recíproca, y opuesta la actora inicial a esta reconvención implícita para que no se excluyera dicho piso, la sentencia de primera instancia estimó la demanda inicial reconociendo la eficacia del referido documento como un pacto válido de división de los bienes allí mencionados, aunque sin perjuicio de los derechos de uso establecidos por las sentencias de separación y divorcio.

Sin embargo la sentencia de apelación, estimando el recurso del demandado-reconviniente y entendiendo que el documento litigioso no contenía sino una mera oferta o proyecto contractual que en realidad no había sido aceptado en su momento por la actora-reconvenida porque ésta, que sólo lo había presentado con su aceptación al iniciarse el litigio en el año 1995, es decir después de dictarse sentencias firmes de separación y divorcio en las que se resolvía sobre el uso de los pisos de forma opuesta a lo consignado en el mismo documento, desestimó totalmente la demanda y estimó parcialmente la reconvención en el sentido de que procedía una rendición de cuentas entre los litigantes sobre los bienes cotitulados a nombre de ambos, sin que a ello afectase el uso de una de las casas que hacía el demandado-reconviniente.

El motivo básico del recurso, fundado en «infracción del artículo 1281 y siguientes del Código civil reguladores de la interpretación de las cláusulas contractuales», se dedica a examinar el documento aportado con la demanda para rebatir los razonamientos del tribunal sentenciador sobre su carácter de mera oferta contractual no aceptada en su momento ni en un tiempo razonable.

Alega la recurrente que exigirle la prueba de su aceptación al tiempo en que aquél fue redactado equivale a imponerle una prueba diabólica, añade referencias a los artículos 1225, 1214 y 1282 CC y concluye que, siendo claros los términos del documento controvertido, éste ha de tenerse como expresivo de una auténtica partición de bienes vinculante para sus firmantes.

Pues bien, semejante planteamiento no es compartido por el Tribunal Supremo que lo desestima por las siguientes razones: primera, por ser doctrina reiteradísima de esta Sala que no cabe citar la norma o normas infringidas mediante fórmulas genéricas como «y siguientes», «y concordantes» u otra similar que no las identifique con una mínima precisión (SSTS de 24 de enero de 2001, 22 de diciembre de 2001, 18 de abril de 2002 y 23 de septiembre de 2003); segunda, por ser jurisprudencia no menos constante que en un mismo motivo de casación no es admisible citar como infringidos todos los artículos del Código Civil en materia de interpretación contractual, y si se alega la vulneración de su artículo 1281 es imprescindible especificar cuál de sus dos párrafos es el que se considera infringido, ya que el primero se refiere a la interpretación gramatical y el segundo a la espiritualista, de suerte que resulta contradictorio fundar un mismo motivo en infracción del artículo 1282 y del párrafo primero del artículo 1281, pues la relación de aquél se da con el párrafo segundo y no con el primero de éste (SSTS de 2 de diciembre de 1994, 28 de julio de 1995, 23 de mayo de 1996, 23 de junio de 1997, 3 de abril de 1998, 16 de febrero de 1999 y otras muchas); tercera, porque igualmente reiterada es la doctrina de esta Sala que considera inadmisible un motivo de casación cuando cite como infringidos preceptos de contenido heterogéneo (SSTS de 22 de noviembre de 1992, 11 de marzo de 1996, 3 de abril de 1997 y 23 de febrero de 2000), cual sucede con el aquí examinado que, amén de todos los defectos antedichos al citar las normas sobre interpretación contractual, entremezcla esta cuestión con otras relativas a la fuerza probatoria de un documento privado o a la carga de la prueba; cuarta, porque esto último revela que lo verdaderamente buscado en el motivo no es tanto discutir la interpretación del documento fundamental de la demanda por el tribunal sentenciador como el alcance que el mismo tribunal le atribuye en función de la prueba practicada, ya que lo debatido no es en realidad el contenido de dicho documento, ni los bienes y derechos a que se refiere, sino si en verdad es demostrativo de un concurso de oferta y aceptación contractual que pueda vincular a las partes; y quinta, porque los razonamientos de la sentencia impugnada al respecto son plenamente compartidos por esta Sala, ya que la aceptación de la hoy recurrente, claramente escrita con bolígrafo distinto, sólo se manifestó de forma fehaciente al presentar ella misma el referido documento con su demanda, es decir años después de seguirse los procesos de separación y divorcio y recaer en éstos sentencia firme, de suerte que la oferta contractual del esposo consignada en el documento no podía considerarse ya vigente según criterios lógicos, siguiera sea por la razón elemental de que la hoy recurrente no lo había hecho valer en dichos procesos y sin embargo en éstos se resolvió sobre el uso de los pisos de forma opuesta al contenido de aquél; su valor, en suma, no puede ser otro que el de mera oferta contractual no aceptada en su momento por la hoy recurrente pero que ésta conservó en su poder por si el resultado de los procesos matrimoniales no le era todo lo favorable que pretendía y, así, tener todavía una baza más que jugar.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter ganancial de un bien aun cuando el mismo se adquiriese por los cónyuges después de haberse otorgado capitulaciones matrimoniales y antes de haberse contraído la deuda por el esposo, ya que la modificación del régimen de gananciales había respondido a un propósito fraudulento.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Concepción contrajo matrimonio con el don Bartolomé, el día 25 de septiembre de 1964, bajo el régimen de gananciales.

⊙ Dichos cónyuges otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales el día 12 de abril de 1985, modificando su régimen económico matrimonial anterior, pactando el de Separación de Bienes. Dichas capitulaciones matrimoniales fueron inscritas en el Registro Civil con fecha 6 de noviembre de 1985.

⊙ Doña Concepción adquirió, mediante escritura pública de 24 de julio de 1987, la finca núm. ... del Registro de la Propiedad de La Unión, haciéndose constar en dicha escritura que la compradora intervenía en su propio nombre. Dicha venta fue inscrita en el Registro de la Propiedad de La Unión el día 15 de septiembre de 1987, como presuntivamente ganancial (inscripción tercera), siendo posteriormente rectificada ésta, mediante la inscripción cuarta de 20 de mayo de 1995, a instancias de doña Concepción.

⊙ Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cartagena se tramitó Juicio Ejecutivo núm. 21/93, a instancias de M. contra N. y don Bartolomé y la esposa de éste, a los solos fines del artículo 144 del RH en reclamación de 8.000.000 de pesetas de principal, deuda que tenía su fundamento en dos letras de cambio, libradas por don el día 4 de junio de 1992, por importe, cada una de ellas de 4.000.000 de pesetas y con vencimientos en 4 de noviembre y 4 de diciembre de 1992, respectivamente, siendo avaladas por don Bartolomé.

⊙ En dichos autos se trabó embargo de la finca a la que anteriormente se ha hecho referencia, tomándose anotación preventiva del mismo en el registro de la propiedad correspondiente en 18 de octubre de 1993.

⊙ Doña Concepción interpuso demanda de tercería de dominio contra su esposo don Bartolomé y la mercantil M. solicitando se dictara sentencia por la que se acordase el alzamiento de la traba acordada en el juicio ejecutivo núm. 21/93 sobre la finca de la demandante.

⊙ La demandante de tercería en los autos principales, presentó escrito de 15 de octubre de 1993, en el que atribuía carácter de ganancial a la expresada finca, interesando que dicho embargo fuera sustituido por el de la cuota de participación que en ellos tuviera su marido, de conformidad con el artículo 1373 del CC, no haciendo alusión alguna a la escritura de capitulaciones matrimoniales a la que se ha hecho referencia en el apartado 2.º de este fundamento.

⊙ Que ante tales alegaciones y no habiéndose aportado la escritura de Capitulaciones Matrimoniales, antes dicha, presumiéndose la ganancialidad de la finca embargada se desestimó su pretensión por las razones que se exponían en el auto de 24 de abril de 1995.

⊙ Que nuevamente la demandada, en contradicción con lo expuesto en su demanda de tercería, reconoce en confesión judicial que la finca objeto de tercería fue adquirida por ella con dinero obtenido por su esposo en el ejercicio de su trabajo, si bien añade «que el dinero era mayormente de la confesante».

⊙ La entidad demandada M. compareció en autos y contestó a la demanda planteando la excepción de falta de legitimación activa de la demandante, oponiéndose a continuación en el fondo para que se denegara el alzamiento del embargo y se impusieran las costas a la tercerista y, finalmente, formulando reconvención para que se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: «a) Se declare que la finca registral núm. 003 del Registro de la Propiedad de La Unión, adquirida por doña Concepción, en escritura pública de compraventa de fecha 24 de julio de 1987, inscripción núm. 001, es de carácter ganancial. b) La declaración de nulidad de la inscripción núm. 000 de la citada finca

de fecha 20 de mayo de 1995, asiento de rectificación de la inscripción núm. 001, que proclama el carácter privativo de dicha finca. c) Se libre mandamiento al Registro de la Propiedad de La Unión, aportando testimonio de esta resolución de carácter firme, recaída en la demanda reconvencional a instancia de la ejecutante la mercantil M., contra la demandante de Tercería de Dominio planteada por doña Concepción, contra la citada mercantil y contra su esposo don Bartolomé, a fin de que se cancele la inscripción núm. 000 del asiento de rectificación de la referenciada finca. d) Se libre mandamiento al Registro de la Propiedad de La Unión, aportando testimonio de esta resolución de carácter firme, recaída en la demanda reconvencional a instancia de la ejecutante la mercantil M. contra la demandante de Tercería de Dominio planteada por doña Concepción, contra la citada mercantil y contra su esposo don Bartolomé, a fin de que se practique inscripción de asiento, en la referenciada finca, en que se haga constar que la expresión contenida en la inscripción núm. 001 «con carácter presuntivamente ganancial» sea sustituida por la expresión «con carácter ganancial».

- Doña Concepción contestó a la reconvención interesando una sentencia en la que: «1) Estimando la excepción de litispendencia se declare no haber lugar a la demanda reconvencional. 2) Para el caso en que no se estimase la excepción, estimando los HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO alegados en nuestra OPOSICIÓN A LA DEMANDA se declare: a) El carácter privativo de la finca núm. 002 del Registro de la Propiedad de La Unión. b) La validez y eficacia de la inscripción 4ª de la meritada finca núm. 002. c) Se declare no haber lugar a la anotación preventiva de demanda, y en su caso, se libre mandamiento cancelatorio de la anotación, si ésta se hubiere practicado. En todo caso, en su día, se condene a la demandante al pago de las costas causadas en la instancia, así como a la indemnización de daños y perjuicios por la anotación preventiva de la demanda, consistentes en indirecta pero real y efectiva limitación de la facultad de disponer que supone la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad. Daños y perjuicios cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia».

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cartagena dictó Sentencia el 17 de febrero de 1997 desestimando íntegramente la demanda y estimando íntegramente la reconvención.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Murcia dictó Sentencia el 20 de noviembre de 1997 desestimando el recurso interpuesto por doña Concepción y estimando el interpuesto por le entidad mercantil M. en los únicos extremos de declarar que la finca litigiosa tiene carácter ganancial y está afectada a las responsabilidades económicas declaradas en el proceso principal del que brota este incidente.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La tercería de dominio causante de este recurso de casación se promovió por la esposa de un demandado en juicio ejecutivo de la LEC de 1881, contra el mismo y la entidad ejecutante, para que se alzara el embargo trabado sobre una finca inscrita registralmente como presuntivamente ganancial pero que en la demanda de tercería se decía ser privativa de la esposa por haberla adquirido dos años después de otorgar el matrimonio capitulaciones estableciendo el régimen económico de separación de bienes y muchos años antes de contraer su marido la deuda.

La entidad ejecutante se opuso a la tercería alegando, en síntesis, que la actora ni siquiera aportaba con su demanda la escritura de capitulaciones matrimoniales; que al adquirir la finca embargada no había hecho la ahora tercerista mención alguna de tales capitulaciones ni acreditado que el precio se pagara

con dinero privativo, manteniendo la finca como presuntivamente ganancial; que la misma tercerista, hasta un escrito presentado en el Registro de la Propiedad muy poco antes de promover la tercería, había dejado la puerta abierta al mantenimiento del carácter ganancial o privativo de la finca según le conviniera, y, en fin, que sólo al recaer seis embargos sobre la finca en cuestión había decidido la tercerista utilizar como arma la escritura de capitulaciones matrimoniales, hasta entonces inexistente por falta de publicidad. Además la ejecutante codemandada de tercería formuló reconvención para que, con base en los artículos 79 de la Ley Hipotecaria y 173 de su Reglamento, se declarara la nulidad de la inscripción registral de la finca como privativa, practicada en virtud del mencionado escrito que la tercerista dirigió al Registro de la Propiedad poco antes de promover la tercería.

La sentencia de primera instancia, razonando que la finca no era ganancial ni de la exclusiva propiedad de la tercerista sino de ésta y su esposo en régimen de copropiedad, debiendo presumirse por cuotas iguales conforme a los artículos 393 y 1441 CC, dijo desestimar íntegramente la demanda de tercería y estimar íntegramente la reconvención, denegó la cancelación del embargo sobre la finca por entender aplicable los artículos 6 y 7 del Código de Comercio, ordenó rectificar la inscripción tercera de la finca como presuntivamente ganancial y declaró la nulidad de la inscripción cuarta de la misma finca como privativa de la tercerista.

Interpuesto recurso de apelación por la tercerista y adherida a la impugnación la ejecutante codemandada-reconviniente para que se declarase el carácter ganancial de la finca embargada, el tribunal de segunda instancia, desestimando aquél y estimando la impugnación adhesiva, revocó la sentencia apelada en el único sentido de declarar que la finca litigiosa tenía carácter ganancial y estaba afectada a las responsabilidades económicas declaradas en el juicio ejecutivo, razonando a tal efecto, en síntesis, que la modificación del régimen económico matrimonial había respondido a un propósito fraudulento, que no se había practicado inventario ni efectiva liquidación ni adjudicación de bienes tras el otorgamiento de las capitulaciones, que por tanto subsistía la responsabilidad del patrimonio ganancial anterior a la ficticia disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y que la finca litigiosa había sido adquirida en realidad «para el patrimonio común de los cónyuges y exhibida en su significación y potencia patrimonial como señuelo de solvencia a acreedores de buena fe».

Contra la sentencia de apelación ha recurrido en casación la tercerista mediante cuatro motivos formulados al amparo del artículo 1692 LEC de 1881, si bien el cuarto y último, único que se ampara en el ordinal 4.º de dicho artículo puesto que todos los demás lo hacen en el 3.º, tiene una formulación ciertamente extraña ya que se descompone en dos grandes apartados, A) y B), y mientras este último se reduce a una prolija enunciación de normas, doctrina científica y jurisprudencia que la recurrente considera infringidas, el apartado A), en cambio, se subdivide a su vez en otros seis apartados con apariencia de motivos de casación autónomos porque en cada uno de ellos se citan normas y jurisprudencia como vulneradas no totalmente coincidentes con las enunciadas en el apartado B).

Los hechos que han quedado expuestos deben ser integrados con los siguientes datos, ya por haberlos añadido el tribunal de apelación en virtud de sus propias facultades de valoración de la prueba, ya por resultar indubitadamente de documentos de la naturaleza ya señalada:

1.º La escritura de capitulaciones matrimoniales se limitó al puro y simple convenio de que, a partir de la fecha de su otorgamiento, el régimen económico legal del matrimonio sería el de separación de bienes; por tanto sin incluir inventario alguno de bienes de la sociedad de gananciales hasta entonces existente ni, lógicamente, adjudicación alguna de tales bienes a cada uno de los cónyuges.

2.º Tampoco con posterioridad a la referida escritura consta actuación alguna de los cónyuges encaminada a la liquidación de su sociedad de gananciales.

3.º En la escritura de adquisición de la finca por la tercerista hoy recurrente se hizo constar que estaba casada.

4.º La inscripción 4.ª de la misma finca, rectificando el carácter presuntivamente ganancial de la inscripción 3.ª, se practicó en virtud de un escrito de la propia tercerista dirigido al Registro de la Propiedad, fechado el 25 de abril de 1995 y presentado en el Registro, junto con las capitulaciones, el 4 de mayo siguiente.

5.º La demanda de tercería se presentó en el Juzgado el 14 de junio del mismo año.

6.º El auto de 24 de abril de 1995, por el que en el juicio ejecutivo se rechazó sustituir el embargo de los bienes comunes por el de la cuota del marido, se fundó en el párrafo final del artículo 1365 CC en relación con los artículos 6 y 7 CCom., al tener la deuda carácter mercantil, ser comerciante el marido de la luego tercerista y no constar la oposición de ésta al ejercicio del comercio por aquél.

La anómala formulación del recurso de casación aconseja igualmente, antes de proceder al examen pormenorizado de sus motivos, indicar cuáles serían las normas y la jurisprudencia más específicamente aplicables a los hechos probados.

En cuanto a las primeras, destaca ante todo el artículo 1275 CC, que niega efecto alguno a los contratos sin causa o con causa ilícita, entendiendo por tal la que se opone a las leyes o a la moral; más espe-

cíficamente, el artículo 1328 CC sanciona con nulidad cualquier estipulación de las capitulaciones matrimoniales contraria a las leyes o a las buenas costumbres. Por su parte, el artículo 1392.4.º CC establece que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto, pero a continuación el artículo 1396 del mismo Cuerpo legal dispone que disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo. En el orden registral, el artículo 77 de la Ley sobre el Registro Civil prevé la «indicación», al margen de la inscripción del matrimonio, de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal, pero no sin una salvedad en atención a lo dispuesto en el artículo 1322 CC (hoy 1333 del mismo Cuerpo legal), que a su vez dispone esa misma «mención» en el Registro Civil pero, también, la «toma de razón» de las capitulaciones matrimoniales en el Registro de la Propiedad si afectaran a inmuebles. Finalmente, el artículo 75 del Reglamento Hipotecario toma como punto de partida el artículo 1333 CC para disponer la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro de la Propiedad en cuanto contengan respecto a inmuebles o derechos reales determinados alguno de los actos inscribibles; su artículo 90.2 ordena detallar la proporción indivisa de cada cónyuge cuando los dos adquieran bienes bajo régimen matrimonial de separación o participación y su artículo 94.1 dispone que se inscriban con carácter presuntivamente ganancial los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges sin expresar qué adquiere para la sociedad de gananciales.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia de esta Sala, resulta especialmente significativa la Sentencia de 25 de febrero de 1999 (recurso núm. 2519/94), que con base en el artículo 1328 CC declaró la nulidad de unas capitulaciones matrimoniales, anteriores incluso a la deuda contraída por el marido y pese a que en ellas se hacía una distribución de bienes concretos entre los cónyuges, razonando que «la nulidad de las relaciones jurídicas también procede cuando se proyecta sobre actuaciones futuras que se idean para perjudicar los legítimos derechos de los terceros» y que «no se puede alegar y sostener que existe causa verdadera y lícita en la escritura de capitulaciones con sólo el argumento de que el crédito mercantil contraído fue posterior a dicha escritura», ya que «la causa existe, pero se presenta ilícita atendiendo al fin perseguido». No menos importante es la Sentencia de 25 de septiembre de 1999 (recurso núm. 178/95) que, ratificando el criterio de la de 6 de junio de 1994, declaró que la inscripción de la modificación del régimen económico matrimonial en el Registro Civil «no altera el régimen de publicidad registral inmobiliaria con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consecuencia con lo dispuesto en el artículo 1333 del Código Civil respecto a inmuebles concretos y determinados que resultasen afectados por las capitulaciones matrimoniales y en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad», así como que resultaría absurdo permitir «que los cónyuges hicieran uso de sus pactos capitulares en el momento que reputasen más beneficioso para sus intereses». En orden al tiempo para hacer valer la nulidad, la Sentencia de 14 de marzo de 2000 (recurso núm. 1660/95), con cita de las de 6 de abril de 1984, 10 de octubre de 1988, 23 de octubre de 1992, 8 de marzo de 1994 y 9 de mayo de 1995, recuerda la inaplicabilidad del plazo límite de cuatro años del artículo 1301 CC cuando lo apreciado sea una nulidad radical o absoluta cual sucede en los casos de ilicitud de la causa. Por último, en lo que atañe a la forma de oponer la nulidad del título del demandante en las tercerías de dominio, la jurisprudencia entiende que, dado el limitado ámbito de éstas, basta con alegarla por vía de excepción o de mera «alegación opositora» (Sentencias de 16 de abril y 8 de julio de 2003, en recursos núms. 3288/1996 y 3522/1997, respectivamente, ambas con cita de otras muchas).

Pues bien, de proyectar todo lo antedicho sobre los hechos probados bien clara resulta la inviabilidad de la tercería de dominio que planteó la hoy recurrente, porque aquéllos son rotunda y concluyentemente demostrativos de que, como con toda razón entendió el tribunal sentenciador, las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el año 1985 y que no se hicieron valer por la hoy tercerista hasta diez años después, precisamente cuando vio desestimado el incidente que ella misma había promovido al amparo del artículo 1373 CC alegando la ganancialidad de la finca embargada, eran una pura vaciedad, un mero instrumento formal otorgado por los cónyuges no para su fin propio de liquidar la sociedad de gananciales sino para el manifiestamente ilícito de poder jugar en el futuro la carta de la ganancialidad o de la privatividad según les conviniera y en perjuicio de sus acreedores.

De ahí que frente a la sentencia recurrida nada puedan los motivos del recurso, impregnados de una visión de las normas y de la jurisprudencia que tiende a imponer la pura apariencia o las formalidades extrínsecas sobre razones de fondo tan poderosas como las que inspiran los artículos 1275 y 1328 CC, el artículo 7 del mismo Cuerpo legal o el artículo 11 LOPJ. Y es que la circunstancia de que en el caso examinado las capitulaciones matrimoniales fueran anteriores y no, como suele ser habitual cuando se intenta burlar los derechos de los acreedores, posteriores a la deuda, no elimina por sí sola la ilicitud de su otorgamiento sino que en realidad viene a reforzarla al indicar, dados los hechos que se declaran probados, que sus otorgantes eran conscientes del obstáculo que el artículo 1317 CC podía representar para el fin que perseguían.

Así, el motivo primero, fundado en falta de motivación de la sentencia impugnada e infracción tanto

de los artículos 372.3 LEC de 1881, 248.3 LOPJ y 129.3 y 24 de la Constitución como de la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala contenida en una serie de sentencias de las que únicamente se indica su fecha, sin referencia alguna a su contenido, expresa las quejas de la recurrente porque la sentencia recurrida no valora los hechos probados e incluye sorpresivamente en el debate otros hechos ajenos a los alegados y probados en el proceso «y cuya virtualidad se construye a partir de un inexistente *consilium fraudis* que a la larga se erige en fundamento único de la sentencia». Basta sin embargo con leerla desapasionadamente para comprobar lo infundado de tales reproches, pues el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida toma como punto de partida los hechos que la de primera instancia declaró probados y, con base en los mismos, entiende que la modificación del régimen económico matrimonial respondió a un designio fraudulento, de suerte que no se alcanza a comprender, pues en el motivo nada se dice al respecto, cuáles puedan ser esos hechos ajenos al debate y a la prueba en cuya «virtualidad» se «construye» el *consilium fraudis*.

Algo parecido sucede con el motivo segundo, fundado también en falta de motivación de la sentencia recurrida por omitir «las razones y fundamentos de la inadmisión de los motivos de apelación formulados» en su día por la hoy recurrente e infracción de los artículos 359 y 372.3.º LEC de 1881, 248.3 LOPJ y 9.1, 120.3 y 24 en relación con el 53.1 de la Constitución. No advierte la recurrente, cuando en el alegato del motivo expone pormenorizadamente cuáles fueron las razones de su apelación, que el acogimiento de la impugnación adhesiva de la entidad ejecutante codemandada, con la consiguiente declaración de ganancialidad de la finca conforme a lo solicitado oportunamente por la misma parte en su contestación-reconvención, necesariamente comportaba el rechazo de la tercería y por tanto de todas las razones del recurso de apelación de la tercerista, por lo que no tenía sentido alguno disertar en la misma sentencia sobre la visión estrictamente formalista en que se apoyaba la tercería, sobre la indebida aplicación del régimen de la comunidad de bienes por la sentencia apelada, sobre la procedencia de cancelar la inscripción 4.ª de la finca como privativa, sobre la condena en costas de la tercerista o sobre la motivación de la sentencia apelada, pues todo ello iba de suyo por la total estimación de la impugnación adhesiva. En suma, la recurrente no ha tenido en cuenta al formular este motivo que el índice de motivación de las sentencias lo marca, como en infinidad de ocasiones ha declarado el Tribunal Constitucional, la expresión de la razón causal de su fallo, más que suficiente en la sentencia recurrida como resulta de todo lo que hasta ahora se viene razonando, de suerte que no cabe confundir, como asimismo vienen declarando con reiteración el Tribunal Constitucional y esta Sala, las verdaderas pretensiones de las partes, efectivamente necesitadas de respuesta, con sus alegaciones y, menos todavía, con lo que no serían sino meros argumentos, para los que no es precisa ni exigible una respuesta pormenorizada.

En cuanto al motivo tercero, fundado en la intempestiva introducción del fraude de acreedores en el debate jurídico por la sentencia recurrida, con infracción de los mismos preceptos citados en el motivo anterior y, además, de la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala citada por mera referencia a la fecha de unas cuantas sentencias, desconoce que la intencionada ocultación de las capitulaciones matrimoniales por los cónyuges para dejar una puerta abierta a la ganancialidad o privatividad de sus bienes fue precisamente la razón fundamental por la que la ejecutante codemandada no sólo se opuso a la tercería sino que además formuló reconvención para que se declarase nula la inscripción 4.ª de la finca, de suerte que, adherida en su momento esta misma parte a la impugnación de la sentencia de primera instancia por no haber declarado ésta la ganancialidad de la finca, tampoco se alcanza a comprender cómo puede alegarse ahora en casación una «intempestiva introducción» en el debate del designio fraudulento de las capitulaciones matrimoniales cuando tal designio era, sobre cualquier otra cuestión, el núcleo mismo del debate.

Finalmente, tampoco merecería mayores consideraciones el motivo cuarto porque, dividido a su vez en dos grandes apartados de los que el primero se subdivide a su vez en otros seis, se dedica a insistir en una perspectiva estrictamente formalista de la cuestión litigiosa más que suficientemente desvirtuada por todo lo razonado hasta ahora. Y es que lo que la recurrente plantea en este anómalo motivo equivale, en suma, a negar toda relevancia a la ilicitud de la causa en el otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales. De ahí que el submotivo 1) del apartado A), fundado en «presumible aplicación indebida» del artículo 7.1 CC y su jurisprudencia por desconocer la recurrente, dada su condición de ama de casa, la trascendencia como acto propio del incidente que promovió al amparo del artículo 1373 CC afirmando la ganancialidad de la finca, no merezca más respuesta que recordar la firma de su Letrado en el escrito por el que se promovió dicho incidente; de ahí que el submotivo 2), fundado en aplicación indebida del artículo 1333 CC, de la jurisprudencia de esta Sala y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado porque la finca embargada se compró dos años después del otorgamiento de las capitulaciones y la inscripción de éstas en el Registro Civil, quede desvirtuado por las normas y la jurisprudencia de esta Sala indicadas en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia de casación; de ahí que el submotivo

3), fundado en infracción del artículo 581 en relación con el 1532, ambos de la LEC de 1881, del artículo 1437 CC «y de la doctrina jurisprudencial y científica que más abajo se invoca» porque la confesión judicial de la tercerista, al versar sobre hechos posteriores a las capitulaciones y a la disolución de la sociedad de gananciales, se habría referido a unos hechos «extraños al objeto del debate jurídico del proceso de Tercería» y carentes de relevancia, suscite una cierta perplejidad por las dificultades de responder a semejante planteamiento, al que bastará por ello con oponer que el objeto de la tercería de dominio no eran las capitulaciones matrimoniales en sí mismas sino precisamente todo lo sucedido después en relación con la finca embargada, pues bien sabido es que según reiteradísima doctrina de esta Sala es el alzamiento o no del embargo lo que ha de decidirse en la tercería de dominio; de ahí que el submotivo 4), fundado en infracción de los artículos 1111, 1291.3.º, 1297, 643, 1249 y 1253 CC y de la doctrina científica y jurisprudencial por no poder presumirse el fraude de acreedores años después de haberse otorgado e inscrito en el Registro Civil las capitulaciones matrimoniales, desconozca que ni se ha ejercitado acción rescisoria alguna ni el fraude de acreedores puede excluirse como dato determinante de la ilicitud de la causa negocial, de suerte que este submotivo queda reducido a un vano empeño de negar lo evidente; de ahí que el submotivo 5), fundado en infracción de los artículos 6 y 7 CCom. y 1911 CC porque éstos no serían aplicables al régimen de separación de bienes, desconozca de nuevo la razón causal del fallo impugnado, consistente precisamente en la irrealidad material de esa separación de bienes meramente formal o aparente; y de ahí, en fin, que el submotivo 6), fundado en infracción del artículo 1214 CC por falta de prueba del designio fraudulento de la tercerista y su marido, no sea más que una queja tan puramente voluntarista como rotundamente desmentida por hechos documentalmente constatados.

Tan sólo queda por señalar, a fin de agotar la respuesta a tan anómalo recurso de casación, que el apartado B) de este motivo cuarto y último consiste en una pura y simple relación de «disposiciones» que la recurrente considera infringidas y que concretamente son las siguientes: las contenidas en el capítulo VI del título III del libro IV del CC, artículos 1435 a 1444 «y todas las concordantes del Código»; los artículos 1280 y 1327 CC, 77 de la Ley del Registro Civil y 266 de su Reglamento «y concordantes de esos cuerpos legales»; los artículos 79.3 de la Ley Hipotecaria y 173 de su Reglamento; los artículos 348 y 349 CC «y sus correlativos de la Ley de Expropiación Forzosa y 33.3 de la Constitución»; los artículos 1.7 y 609 CC; un reputado autor de la doctrina científica «en cuanto a las fuentes Administrativas y Judiciales de los Derechos Reales: La Ley y La Transmisión Forzosa por Venta Forzosa»; y «toda la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Supremo y Constitucional y la Científica, que interpreta las normas de los seis números anteriores, que no citamos por extensa y conocida del Tribunal». En definitiva, toda una antítesis de lo que debe ser un motivo de casación debidamente formulado.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Carácter privativo de la indemnización que por una negligencia médica debió abonar el esposo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Ángel fue condenado por un delito de imprudencia temeraria, causante de gravísimas lesiones al menor Gabino para el resto de su vida. La sentencia penal también lo condenó al pago de diversas cantidades por responsabilidad civil que superaban los ciento cincuenta millones. don Ángel figuraba en el cuadro médico de A. y los hechos ocurrieron al estar prestando asistencia médica a aquel menor, hijo de una asegurada en la que A. fue declarada responsable civil subsidiaria.

- Don Ángel y doña Amelia extinguieron y liquidaron la sociedad de gananciales después de la condena.

⊙ La entidad de seguros A. interpuso demanda de menor cuantía contra doña Amelia y contra su esposo don Ángel, solicitando se dicte sentencia por la que: 1.º Declare el Derecho de la entidad de seguros A. a reclamar del deudor principal don Ángel, en virtud de su derecho de repetición, todas las cantidades que haya satisfecho, en concepto de responsable civil subsidiaria, derivada del delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones causantes de incapacidad al que fue condenado el penado Sr. Ángel por sentencia firme, dictada con fecha 31 de enero de 1994, por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Burgos, en procedimiento abreviado 392/93.2.º Consecuentemente, condene al demandado Sr. Ángel, a pagar a la entidad de seguros A., la cantidad de treinta millones de pesetas, satisfechas por la misma hasta la fecha, así como las demás cantidades que durante la sustanciación de este pleito satisfaga por el mismo concepto de responsabilidad civil subsidiaria, y las que satisfaga en el futuro por igual concepto. 3.º Se condene al demandado, asimismo, a pagar a mi representada los intereses legales de todas las cantidades que haya satisfecho la entidad de seguros A., por tal concepto, a contar desde la fecha en que se hubiere satisfecho el pago. 4.º Declare asimismo que, caso de no quedar totalmente satisfecho por el demandado Sr. Ángel, con cargo a sus bienes, el derecho de crédito de la entidad de seguros A., en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1401 del Código Civil, podrá satisfacer su crédito contra los bienes de la disuelta sociedad de gananciales de los cónyuges demandados, que fueron adjudicados a la Sra. Amelia. 5.º Consecuentemente, se declare que todos los bienes que conformaban el Activo de la extinta sociedad conyugal de los demandados, están afectos a cubrir la responsabilidad civil derivada del delito cometido por el demandado, con imposición de costas a los demandados». Admitida a trámite la demanda y emplazadas las mencionadas partes demandadas, por el demandado don Ángel, mediante su representante legal presentó escrito de allanamiento que fue ratificado por dicho demandado a presencia judicial. Por doña Amelia, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia absolviendo a la misma de la pretensión contraria de satisfacer su crédito contra los bienes que le fueron adjudicados y la declaración de afección de los bienes de la Sociedad Conyugal a la responsabilidad civil derivada del delito, y todo lo demás que proceda.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Burgos dictó Sentencia el 24 de octubre de 1997 estimando en parte la demanda, declarando el derecho de la actora a reclamar del deudor principal, Sr. Ángel, por derecho de repetición, todas las cantidades satisfechas, en concepto de responsable civil subsidiaria, derivada del delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones incapacitantes al que fue condenado el penado Sr. Ángel, por sentencia firme, de 31 de enero de 1994, del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Burgos, en procedimiento abreviado 392/93. Debiendo, pues, condenar y condenando al Sr. Ángel al pago a la actora de 30.000.000 de pesetas, satisfechas por la misma hasta la presentación de la demanda, así como las demás cantidades que durante la sustanciación del pleito satisfaga por ese concepto de responsable civil subsidiaria, y las que satisfaga en el futuro por igual concepto. Condenando al Sr. Ángel, a pagar a la actora los intereses legales de todas las cantidades satisfechas por tal concepto, a contar desde la fecha en que se hubiere satisfecho el pago. Declarando que los bienes que conformaban el activo de la extinta sociedad conyugal de los demandados y que se le adjudicaron al esposo están afectos a cubrir la responsabilidad civil derivada del delito cometido por el demandado. Y debo absolver y absuelvo de la demanda y de todas las demás pretensiones deducidas en la misma contra la demandada, a ésta.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Burgos dictó Sentencia el 23 de marzo de 1998 desestimando el recurso interpuesto por la entidad de seguros A.

⊙ La entidad de Seguros A. interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega la entidad aseguradora A. una interpretación errónea del artículo 1366 CC y lo fundamenta en que la sentencia recurrida estimó que la deuda indemnizatoria era privativa del Sr. Ángel, no perteneciendo al pasivo de la sociedad de gananciales que tenía constituida con su esposa doña Amelia. Entiende, en contra de este criterio, la entidad recurrente que en el supuesto litigioso nos encontramos ante una obligación extracontractual derivada de un acto ilícito, causada en el ejercicio de su profesión por el Sr. Ángel como médico pediatra, de cuya actividad se beneficiaba la sociedad conyugal, por lo que a ésta debe alcanzar la reparación de daño causado. El precepto legal citado como infringido establece la ausencia de responsabilidad conyugal en el supuesto de que uno de los cónyuges actúe con culpa o dolo en perjuicio del otro cónyuge o de la sociedad conyugal, dentro del ámbito de la administración de los bienes gananciales. El Sr. Ángel en ningún momento incide en culpa grave en la administración de los bienes gananciales, ni ha actuado con el fin de perjudicarla.

El motivo se desestima porque el Tribunal Supremo, porque la Sala no comparte la interpretación que la recurrente propone del artículo 1366 CC. El texto legal se refiere a las obligaciones extracontractuales, concepto amplio en el cual pueden comprenderse las obligaciones nacidas de la condena penal de carácter resarcitorio del daño ocasionado por el delito, o, dicho en otras palabras, la responsabilidad civil nacida del delito. La única característica que identifica las obligaciones a que alude el artículo 1366 es la de su naturaleza extracontractual. Sería, por tanto, arbitrario dejar fuera a las que tienen su fuente en la condena penal. No parece fundado que el daño que da origen a la responsabilidad civil aquiliana permitiese al cónyuge del autos beneficiarse de la excepción del artículo 1366, y no al cónyuge del condenado a resarcir en vía penal por razón de delito, es decir, por una actuación más grave. La obligación, dice el artículo 1366, debe ser consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes. No se restringe a este último caso, por lo que no hay ninguna duda de que abarca el texto legal el surgimiento de obligaciones extracontractuales en el ejercicio de la profesión por el cónyuge deudor. Cumplidas las anteriores condiciones, el artículo 1366 determina que las obligaciones extracontractuales serán de la responsabilidad y cargo de la sociedad de gananciales, es decir, frente al tercero responderá el patrimonio ganancial, y la obligación será pasivo de la misma y sólo se excepciona el caso de que «fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor» sin que aparezca por parte alguna ningún otro requisito como el que pretende introducir arbitrariamente la recurrente (que es: en perjuicio del otro cónyuge o de la sociedad consorcial). Por otra parte, la claridad del texto legal rechaza que la excepción tenga únicamente el alcance de excluir el efecto «de cargo» de la sociedad de gananciales, de modo que su patrimonio responde frente a tercero, pero internamente, en las relaciones entre los cónyuges, la deuda no es pasivo de la sociedad. Esta limitación de los efectos de la excepción es arbitraria porque distingue donde la ley no lo hace entre «responsabilidad y cargo» de la sociedad de gananciales. Cualquiera que fuere la opinión que se tenga sobre la justicia del precepto, el juez no puede imponerla contra su texto, ni forzar con interpretaciones que no tienen un respaldo en él los términos claros en que se pronuncia.

En otro motivo se alega infracción por inaplicación de la doctrina de esta Sala contenida principalmente en las sentencias que cita y se exponen extractadamente (10 de abril de 1981 y 19 de febrero de 1992). También se alude a la existencia de una copiosa jurisprudencia cuyo tema debatido es la procedencia o no de una tercería de dominio sobre bienes gananciales cuando se ejecuta sobre ellos una sentencia penal. Se limita aquí la recurrente a citar varias sentencias, sin exposición de su doctrina, acabando con un etc., etc.

El motivo se desestima porque:

a) La Sentencia de 10 de abril de 1981 no sirve para juzgar el presente litigio, pues la regulación de gananciales, entonces vigente, no contenía ningún precepto igual al actual artículo 1366, sino uno diferente, cual era el artículo 1410, derogado por la Ley 11/1981, de 12 de mayo.

b) La Sentencia de 19 de febrero de 1992 abordó el tema de la responsabilidad de los bienes gananciales para hacer efectivas las cantidades que por cuotas tributarias dejadas de ingresar, intereses de demora y multa había de satisfacer el cónyuge, en virtud de acta de liquidación levantada por la inspección tributaria. Ciertamente que se dijo por la Sala entonces que la multa no podía hacerse efectiva sobre bienes gananciales porque «puede considerarse generada a causa de una actitud dolosa o culposa del cónyuge deudor, que por las razones que fueren, no satisfizo en su momento los débitos fiscales». Pero no se alcanza la razón por la cual esta sentencia tenga que ser aquí aplicable. La responsabilidad civil del demandado condenado en la sentencia civil es deuda de reparación de un delito o falta, a la cual alcanza la excepción del artículo 1366, no es una sanción. Tampoco es razonable equiparar la obligación de resarcimiento con las cantidades debidas por la deuda tributaria (cuota e intereses), que la sentencia comentada ponía de responsabilidad y cargo de la sociedad de gananciales. En fin, no se explica

que la recurrente recurra en casación para extender la responsabilidad, de la que ella responde subsidiariamente, a los bienes de la sociedad de gananciales constituida por los demandados, y alegue en su favor una sentencia que limita precisamente esa afección.

c) No es aplicación aquí la doctrina recaída en pleitos de tercería de dominio instada por la esposa, cuando se embargan bienes gananciales para la satisfacción forzosa de la responsabilidad civil impuesta al marido condenando penalmente. Esta Sala rechazó la legitimación activa del cónyuge del condenado para interponer la tercería, pero no se pronunció obviamente sobre si la sociedad de gananciales debía hacer frente a la responsabilidad, pues era el fondo del asunto en que no entraba por aquella razón (Sentencias de 26 de septiembre de 1988 y 4 de marzo de 1994).

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Procedencia de la división del inmueble adquirido por los cónyuges en régimen de separación de bienes sin que pueda ser tenida en cuenta la deuda que, según el esposo, se mantiene con su padre que finalmente no pudo ser parte en el procedimiento por los problemas surgidos en el cumplimiento de la Comisión Rogatoria.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Virginia interpuso demanda de menor cuantía contra don Jesús Ángel, sobre acción de división de cosa común solicitando que se dictase sentencia por la que: 1.º) Se declare disuelta la comunidad formada por doña Virginia y don Jesús Ángel, respecto al inmueble de la C/ Dirección, núm. 001. 2.º) Se proceda a la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños de la finca, repartiéndose posteriormente el dinero obtenido entre los comuneros corriendo ambos por mitad con los gastos que todo el proceso comporte. 3.º) Se condene en costas al demandado si se opusiere a la partición ahora planteada. Como *Petitum Subsidiario* y en el improbable caso que no se acepte el petitum principal anteriormente expuesto, y de forma acumulativa se interesa que, 1.º) Se declare disuelta la comunidad formada por doña Virginia y don Jesús Ángel, respecto al inmueble de la C/ Direccion, núm. 001. 2.º) Se proceda a atribuir una mitad concreta y determinada a cada uno de los comuneros tras una repartición física de la finca corriendo el demandado con los gastos que ello provoque en la proporción que le corresponda. 3.º) Se condene en costas al demandado si se opone a la petición ahora planteada.

⊙ Admitida a trámite la demanda la representación procesal del demandado contestó a la misma, oponiéndose a las pretensiones deducidas de adverso, formulando, asimismo, demanda reconvencional, para que se declare, entre otros, que esa comunidad era deudora a su padre Juan Enrique de la suma de 12.550.000 pesetas.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Barcelona dictó sentencia el 3 de julio de 1997 estimando la demanda y desestimando la reconvención por falta de legitimación activa del demandado al no ser titular del supuesto crédito contra la Comunidad y, falta de litisconsorcio pasivo necesario aparte de que, por las vicisitudes que narra, no se pudo notificar el litigio al supuesto acreedor, padre del demandado.

- En grado de apelación, la Sec. 17.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 17 de diciembre de 1997 desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Jesús Ángel.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el recurso de casación interpuesto se solicita en sus tres primeros motivos la nulidad de actuaciones, que ya desestimó la Sala *a quo* en su FJ 5.º y, a tenor de los argumentos que se explicitan en respuesta de citados Motivos: En el primero, por la vía del artículo 5.4 LOPJ, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española, porque, «... entiende esta parte que difícilmente se puede dilucidar el problema principal: "si el Sr. Juan Enrique es acreedor de la cantidad de 12.500.000 pesetas, si precisamente el Sr. Juan Enrique no fue notificado sobre la existencia del pleito, a pesar de que así se acordó en la primera instancia, por ello, se ha quebrantado el principio fundamental de tutela judicial efectiva y se ha causado indefensión, y tal quebranto se le ha causado a esta parte, habida cuenta que la reconvención de esta parte giraba, precisamente, sobre la existencia de dicha deuda, cuestión frente a la cual, no se le dio la tutela judicial efectiva de la cual es merecedor, y ello porque el acreedor no fue notificado sobre la existencia de la demanda, y se le causó indefensión en tanto que admitida a trámite la reconvención, ésta resultó esquivada a pesar que sobre ella giró todas y cada una de las pruebas propuestas y practicadas».

Esto es, se pide dicha nulidad porque el acreedor no fue notificado de la existencia de la demanda y se le causó por ello indefensión, el motivo no se acoge, y para ello es suficiente con reproducir las vicisitudes que se relatan tanto en el FJ 4.º del Juzgado, como sobre todo, en el FJ 1.º de la recurrida, a saber:

1.º) Con fecha 27 de marzo, el Juzgado ordenó notificación del litigio a Juan Enrique, padre del demandado.

2.º) En 3 de abril, se entregó una Comisión Rogatoria para esa notificación al Servicio de Traducciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

3.º) Tras las incidencias de la comparecencia ordenada a propósito del juego del artículo 403 del CC, se dictan el Auto del Juzgado de 6 de junio de 1996, y Providencia de 15 de mayo, que resuelven esa incidencia.

4.º) En el ínterin el Servicio de Traducciones devuelve la Comisión Rogatoria, para que sea la parte interesada –no en el caso de justicia gratuita– quien se encargue de su traducción fehaciente, según se le ordena en el proveído correspondiente de 12 de octubre, que se confirma por el Auto de 11 de febrero de 1997, alegándose que de esa traducción debe haberse encargado el demandado, sin que se obtenga el resultado perseguido.

Son, pues, éstos los argumentos relativos a las vicisitudes acontecidas sobre citado trámite, que en caso alguno, pueden desembocar en la nulidad interesada, al haberse intentado esa notificación sin llevarse a efecto por la conducta del demandado, que se enjuicia por el Juzgado en su FJ 4.º: «... Desde que el mes de septiembre de 1996, el Servicio de Traducciones del TSJ de Cataluña devolvió a los autos sin traducir la comisión rogatoria entregada para la práctica de la notificación del expediente al Sr. Juan Enrique padre, el documento ha estado a disposición de la parte para que procediera a su traducción a la lengua italiana o incluso para que pidiera su entrega sin ella. Sin embargo, en lugar de adoptar una actitud constructiva, la parte ha preferido adoptar una política de confrontamiento con el Juzgado que, sin que éste sea el momento de entrar en conjeturas y suposiciones de los motivos de su actuación procesal, ha llevado a que la comisión rogatoria no se haya despachado y que en estos momentos aún no se haya podido notificar al supuesto acreedor Sr. Juan Enrique la existencia del *actio communi dividundo*.

En otro motivo se denuncia abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la Jurisdicción, ya que, se ha negado la existencia de un crédito sin ser oído el acreedor, (es más, sin que el acreedor tuviera la oportunidad de someterse a la jurisdicción); ha habido exceso de jurisdicción por entrar la Audiencia en valorar la existencia o inexistencia de un crédito sin oír al principal interesado, el acreedor; y ha habido defecto en el ejercicio de la Jurisdicción por vaciar de contenido la demanda reconvencional de esta parte, que habiéndose admitido como tal, se le privó de virtualidad al no dársele acceso al proceso al acreedor, al que esta parte le reconoce crédito, y entiende que del mismo son deudores los comuneros, puesto que para adquirir el referido bien inmueble se solicitó a don Juan Enrique la entrega del dinero, dinero que, al menos esta parte reconoce deber. No se puede olvidar que con respecto

a la demanda reconvencional no hubo una absolución de la instancia sino que se entró en el fondo.

Se subraya, pues, que en la recurrida se ha negado la existencia de un crédito sin ser oído el acreedor, al que se le privó de su derecho a no darle acceso al proceso, y al que esta parte le reconoce ese derecho. Tampoco se acoge el Motivo, porque, además de la singularidad de que sea el demandado, no titular del crédito el que insta su reconocimiento, empero lo cual se habilita esa pretensión siquiera sea porque ello afectaría, en su caso, a la comunidad con la actora al reconocerse por citado comunero que es deudor de su importe, tampoco en ese sentido es censurable la recurrida, porque, además, de que con un pormenor evidente acredita la inexistencia de ese crédito o préstamo tanto a favor de la comunidad –FJ 2– como tampoco que lo fuera a favor de su hijo el comunero demandado, y por tanto, repercutible en los intereses de la comunidad –FJ 5–, se reitera que esa falta de audiencia no fue ocasionada sino por la propia inactividad o no cooperación del comunero demandado tal y como se reflejó en el Motivo anterior.

En el tercer motivo se denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso se haya producido indefensión para las partes.

De nuevo, se reproduce la petición de nulidad de actuaciones y, ahora, en concreto, porque, la recurrida ha infringido la disciplina del artículo 403 del CC, afirmándose, en síntesis, que su recta hermenéutica conduce a la previa notificación de la división de la cosa común al acreedor ausente. Y tampoco se acepta el Motivo, porque, como razona la recurrida, a propósito de ese artículo 403, en su FJ 5 (y esta Sala integra o completa en relación con los autos), es cierto que, en su primer párrafo, se articula una posibilidad de que los acreedores concurran a la división y oponerse a la que se realice sin su concurso, lo que conlleva a que se les tenga que notificar esa conducta en pos de la división, y, en el caso de autos, en efecto, se intentó como se ha repetido, notificar al supuesto acreedor –al margen de que la Sala no acredite la realidad de su crédito– la demanda litigiosa, sin obtener, por lo expuesto, el resultado notificador. Y, asimismo, en cuanto al segundo párrafo, es claro que, siempre ese acreedor podría impugnar la división declarada, antes de su consumación si se acredita el supuesto de fraude en la misma, posibilidad, pues, que está aún viva para ese acreedor, tal y como expresa el FJ 5, penúltimo párrafo.

En el cuarto motivo se denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate; se expresa que, habiéndose quebrantado, por inaplicación, el artículo 403 CC, tal como se ha razonado extensamente en los precedentes párrafos y, el artículo 1253 también del CC, una vez por inaplicación al no presumir la existencia del crédito cuando una parte lo reconoce expresamente y la otra parte dice "Respecto a las transferencias que se acreditan a través de las cartillas de ahorro nada hay que decir sobre su existencia, pues, que se realizaron es algo evidente. (...) y resaltamos que ese dinero entregado por la familia de Jesús Ángel fue en concepto de regalo, digamos que de 'boda' y nunca en concepto de préstamo"; y también se quebranta cuando se hace aplicación indebida, al presumir, en contra del hecho demostrado, que el dinero para la compra del inmueble a dividir procedía en iguales partes de ambos litigantes».

Esto es, se discrepa del juego de la presunción que la recurrida efectúa a propósito de los actos que derivan en que «no habiendo acreditado que la actora... cabe presumir –aparte de lo afirmado sobre regalos o donaciones *praepter nuptias* en el FJ 3– que la mitad del precio pagado por la vivienda y local... fue aportado por cada una de las partes litigantes». Tampoco se acepta el alegato, porque, como es sabido, en tema de presunciones se tiene declarado, entre otras en Sentencia de 29 de marzo de 2004: «Es doctrina reiterada y constante que el artículo 1253 CC, autoriza al Juez, mas no le obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso del mismo para fundamentar su fallo y si de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en los autos, no resulta infringido dicho precepto (SS de 3 de diciembre de 1988, 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990 y 17 de julio de 1991). La censura del proceso hermenéutico no es lícito verificarla a través de denuncia de la vulneración del artículo 1253 CC aduciendo que la Sala de instancia debió seguir aplicando dicho artículo, un proceso presuntivo (SS de 23 de septiembre y 4 de noviembre de 1988), pues no se infringe el precepto por su no aplicación máxime cuando los hechos que se declaran probados lo han sido por pruebas directas y no hay necesidad de acudir al medio indirecto de las presunciones (SS de 22 de febrero, 16 de marzo, 5 y 24 de mayo, 2 de junio y 2 de noviembre de 1989). También es doctrina reiterada que por su especial naturaleza (deducción personal del Juez), es difícil que pueda exigírsele su aplicación y excepcional que en casación pueda impugnarse haberse omitido su empleo, a menos que esta prueba hubiera sido propuesta por las partes y discutido en el pleito (SS de 30 de abril y 11 de octubre de 1990), ... en todo caso, hay que insistir en que esta Sala descarta que se le pueda exigir que emplee dicho medio probatorio (SS de 5 de febrero, 11 de marzo, 6 y 27 de octubre, 11 de noviembre y 9 de diciembre de 1988). La S. 23 de febrero de 1987, haciendo alusión a la 11 de junio de 1984, señala que si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que religa el hecho base en el hecho consecuencia se ajuste a las reglas

del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia* que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del artículo 1253 CC es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles; así recoge la S. 23 de abril de 1980, que 'cabe traer a casación el tema de las presunciones no sólo en el caso más frecuente de que la Sala sentenciadora acuda a ellas sin que exista el enlace preciso y directo que es obligatorio, sino en el excepcional de que existiendo aquél se denuncie la omisión en la aplicación de esta prueba, cuando de ella sea forzoso tratar por haberse planteado la cuestión afectante a la misma en los escritos iniciales del litigio"; y la 5 de junio de 1986 destaca que "si bien por regla general no se infringe el artículo 1253 cuando el juez no utiliza el medio indirecto de las presunciones, no lo es menos que por excepción cuando un hecho se tenga por completamente acreditado y de él se infiera con la fuerza lógica que la ley exija la realidad de otro, si el Tribunal así no lo reconoce, cabe la denuncia de la infracción de tal precepto, siempre que se trate de materia discutida en el período expositivo del juicio"...». SS. 18 de marzo de 1993; 16 de septiembre de 1995; 22 de octubre de 1995; 19 de marzo de 1999; 23 de julio de 1999; 27 de enero de 2000; 25 de octubre de 2000; 21 de noviembre de 2000; 5 de marzo de 2001; 16 de febrero de 2002; 14 de enero de 2003; 5 de febrero de 2003, 1 de abril de 2003; 7 de julio de 2003; 8 de julio de 2003; 22 de julio de 2003; 19 de diciembre de 2003.

VIVIENDA FAMILIAR

Inoponibilidad del derecho de uso atribuido en un procedimiento matrimonial frente a terceros de buena fe, habida cuenta que después de constituirse la hipoteca sobre dicho inmueble, la esposa, ocupante del mismo, no inscribió el derecho de uso en el Registro, a pesar de tener conocimiento del inicio del procedimiento del artículo 131 de la LH, siendo por tanto el adquirente, tercero de buena fe.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ EL 5 de noviembre de 1979 los cónyuges don Tomás y doña Cristina suscribieron un acuerdo privado de separación en el cual se acordaba que la esposa, a quien se confiaba la guarda y custodia de los tres hijos del matrimonio menores de edad, continuaría residiendo en el domicilio conyugal, sito en la Dirección núm. 3.º. Con el objeto de asegurar a la esposa e hijos el libre disfrute de la vivienda, don Tomás «se compromete a otorgar escritura pública de usufructo a favor de doña Cristina, en el plazo máximo de diez días hábiles, a contar desde la fecha del presente contrato. Dicho derecho pleno de usufructo queda sometido a condición suspensiva en el sentido de que doña Cristina sólo podrá ejercitarlo y disfrutarlo en el supuesto de que por don Tomás no se realizara el pago de las cantidades que, como pensión alimenticia, más adelante se dirán, durante un plazo de cuatro mensualidades consecutivas o alternativas».

⊙ En escritura pública de 2 de noviembre de 1979, don Tomás constituyó hipoteca sobre las plantas núm. 001 y núm. 002 de la casa número núm. 000 de la Dirección 000, a favor de la Caja de Ahorros de Cataluña, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad el día 30 de mayo de 1980.

⊙ En escritura pública de 8 de noviembre de 1979, don Tomás vendió a doña Cristina el usufructo vitalicio de las plantas núm. 001 y núm. 002 de la casa número de la dirección 000, escritura que fue inscrita en el Registro de la Propiedad el día 4 de junio de 1980.

⊙ Ante el impago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, la Caixa d' E. instó procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, de cuya existencia fue notificada doña Cristina.

⊙ En dicho procedimiento judicial sumario, fue adjudicada la finca hipotecada a don Blas, dictándose auto de adjudicación en 1 de julio de 1986, en el que, además, se acordaba la cancelación de todas las cargas posteriores; en 20 de diciembre de 1986 se dictó nuevo auto por el que, subsanando la omisión habida en el anterior, se decretó la cancelación expresa del mencionado derecho de usufructo.

⊙ Don Blas vendió la vivienda adjudicada a don Jesús Miguel y éste, a su vez, a Antex.

⊙ Mediante auto de 28 de noviembre de 1981 de medidas provisionales de separación matrimonial, doña Cristina fue autorizada a fijar su residencia en el domicilio que venía siendo el conyugal; este auto fue ratificado por Sentencia de 9 de marzo de 1982. Por Sentencia de 27 de septiembre de 1988 se decretó el divorcio del matrimonio contraído por don Tomás y doña Cristina a la que se atribuye la guarda y custodia del único hijo menor de edad, de 17 años, así como «teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 96 del Código Civil, el uso de la vivienda que constituía el domicilio familiar».Don Blas (en la actualidad Antex) interpuso demanda de menor cuantía contra doña Cristina solicitando que se dictase por la que «se declare que, al haber quedado extinguido el derecho de usufructo que la demandada ostentaba sobre las fincas propiedad de mi mandante y que ocupa la demandada en esta ciudad, planta núm. 001 y núm. 002 de la casa número núm. 000 de la C/ dirección 000 carece la misma de derecho a ocuparlas, por lo que debe ponerlas a disposición de mi mandante, dejándolas libres, vacuas y expeditas; con imposición a la demandada de las costas del juicio».

⊙ Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de los de Barcelona se siguieron autos de menor cuantía a instancia de doña Cristina contra don Tomás, los ignorados herederos o herencia yacente de don Blas, don Jesús Miguel, don Aurelio, la Caixa D., contra don Humberto y la entidad Antex en cuyo suplico solicitaba se dictara sentencia por la que se declare: a) Que la actora en virtud del convenio otorgado el 15 de noviembre de 1979 y confirmando por auto de 28 de noviembre de 1981, por la sentencia de separación de 9 de marzo de 1982 y de divorcio de 27 de septiembre de 1988 tiene atribuido el disfrute de la vivienda conyugal, y en su consecuencia, en virtud de tal atribución, tiene derecho a ser respetada y mantenida en tal disfrute. b) Que la actora no ha renunciado ni efectuado acto alguno por el que hubiera consentido, aprobado y prometido la extinción de tal derecho de disfrute como separada primero y divorciada después, de la vivienda familiar. c) Que el otorgamiento de la escritura de derecho real de usufructo a favor de la actora no comporta la extinción, limitación o renuncia de su derecho de disfrute. d) Que como consecuencia de la atribución del derecho de disfrute de la vivienda conyugal a la actora, el demandado don Tomás, ex marido de la actora, carece de todo derecho y de toda facultad para realizar cualesquiera actos afectantes a tal disfrute y a privar a la actora del mismo, limitarlo o modalizarlo, siendo absolutamente ineficaces cualesquiera actos que afecten a tal derecho de disfrute. e) Que la sociedad Antex, Inc., ni ninguno otro de los demandados tienen derecho a privar a la actora del disfrute de la vivienda conyugal, y en su consecuencia, carecen de todo derecho a privarle de la posesión de la vivienda conyugal de la

que disfruta. f) Que todos los actos efectuados y negocios jurídicos otorgados desde la constitución de la hipoteca hasta la última transmisión en favor de la sociedad Antex, Inc., son ineficaces para impedir, limitar, perjudicar o extinguir la atribución a la actora del derecho de disfrute como separada de la vivienda conyugal. g) Que también, con independencia de las declaraciones anteriores, son ineficaces y no obstan a la subsistencia del derecho real de usufructo ninguno de los negocios jurídicos antes aludidos, los cuales a tal efecto son nulos e ineficaces. h) Subsidiariamente, para el supuesto de que prosperara la pretensión de desalojo, debe ser indemnizada simultáneamente o con anterioridad por don Tomás, la herencia yacente y los ignorados herederos de don Blas, don Jesús Miguel, don Aurelio, don Humberto y la Compañía Antex, Inc., en la cantidad de cincuenta y tres millones de pesetas.

⊙ Ambos autos se acumularon, y por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Barcelona, se dictó sentencia en el 24 de diciembre de 1996 desestimando la demanda reconvencional formulada por doña Cristina, y estimando la demanda interpuesta por don Blas, y en cuya posición se ha subrogado formalmente la entidad Antex Investment Inc., declaro validamente extinguido el derecho de usufructo que la demandada ostentaba sobre las fincas propiedad de la actora, sitas en la dirección 000 número núm. 000, plantas núm. 001 y núm. 002, de esta Ciudad, declarando asimismo que la demandada carece de derecho a ocuparlas, debiendo ponerlas a disposición de la parte actora. En segundo lugar se desestima la demanda interpuesta por doña Cristina contra don Tomás, los ignorados herederos o herencia yacente de don Blas, don Jesús Miguel, don Aurelio, la Caixa D., don Humberto y la entidad Antex no dando lugar a los pedimentos en ella contenidos y con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 16.ª de la AP de Barcelona, dictó Sentencia el 13 de marzo de 1998 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dª Cristina y con revocación parcial de la sentencia del juzgado declaró el derecho de disfrute de Cristina sobre el piso núm. 001 del núm. 000 de dirección 000 de Barcelona, sin que Antex, hoy Antecomux, SL, ni ningún otro de los demandados puedan privarle de dicha posesión y disfrute, condenando a Tomás, herencia yacente e ignorados herederos de Blas, Jesús Miguel, Aurelio y a Antex Investiment Inc. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a respetar los derechos mencionados. Absolvemos a Caja de Ahorros de C. y a Humberto de las pretensiones deducidas en su contra imponiendo a la actora las costas causadas a los mismos en primera instancia.

⊙ La entidad Antes interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La entidad Antex alega infracción, por aplicación indebida de los artículos 2.2 de la Ley Hipotecaria, 7 del Reglamento Hipotecario, Disposición Adicional 9.ª, párrafo 2.º de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y por otro lado la infracción de la jurisprudencia emanada de las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994, 14 de julio de 1994, 31 de diciembre de 1994 y 16 de diciembre de 1995.

Ciertamente la doctrina que se recoge en las sentencias citadas por la resolución recurrida constituye doctrina consolidada de esta Sala en cuanto se

declara que el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros, pero ha de señalarse que los supuestos de hecho contemplados en esas resoluciones son distintos al ahora enjuiciado; las Sentencias de 29 de abril de 1994 y 4 de abril de 1997 (Rec. 1396/1993) se refieren a la posible valoración del derecho de uso en la liquidación de la sociedad de gananciales, como carga de la vivienda atribuida en la liquidación a la esposa que tenía reconocido el derecho de uso; las Sentencias de 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995 se refieren a la posibilidad de ejercicio de la acción de división de cosa común respecto de la vivienda familiar cuya propiedad se atribuye pro indiviso a ambos cónyuges en la liquidación de la sociedad de gananciales, teniendo concedido el uso de la misma uno de los esposos; y la Sentencia de 4 de abril de 1997 se plantea el supuesto de la subsistencia del derecho de uso atribuido a la esposa sobre la vivienda propiedad del padre del esposo, ocupada por el matrimonio en precario, y adquirida por el marido en propiedad al fallecimiento de su padre.

Dice la Sentencia de 11 de diciembre de 1992 que «hoy en día, teniendo en cuenta las leyes vigentes (artículo 1320 y artículo 96 ambos del Código Civil, 94.1 del Reglamento Hipotecario y disposición adicional 9.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio) que obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al Registro de la Propiedad cuya extensión y límites viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, todo ello sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario Registral».

Está acreditado en autos que ni la sentencia de separación del año 1982 ni la posterior de divorcio de 1988 que atribuyeron el uso de la vivienda familiar a doña Cristina accedieron al Registro de la Propiedad; igualmente está acreditado que, notificada la existencia del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria a la Sra. Cristina, ésta no puso en conocimiento del Juzgado la existencia del derecho de uso que le atribuyó la sentencia de 1982; asimismo, cuando aquélla fue requerida notarialmente para que manifestase el título por el cual venía ocupando la vivienda (acta de 29 de octubre de 1986), alegó, solamente, el derecho de usufructo, ocultando tener concedido por la sentencia de 1982 el uso de la vivienda familiar. Ante tal falta de publicidad y ocultación por la Sra. Cristina del derecho de uso no puede negarse, como hace la Sala de instancia, la condición de tercer adquirente de buena fe a don Blas, en base a la declaración testifical de la testigo Ángela de que «el día de la subasta acudió al Juzgado por encargo del despacho de abogados donde trabaja para poner en conocimiento de los posibles licitadores los problemas jurídicos existentes como consecuencia de la ocupación de la vivienda por Cristina y de sus hijos menores». Dado que la buena fe ha de presumirse siempre, no puede considerarse bastante a destruir esa presunción la declaración testifical hecha en los términos transcritos ya que ni siquiera consta cuáles eran «los problemas jurídicos» (existencia de un derecho de usufructo, derecho de uso de la vivienda familiar o la querella formulada por doña Cristina contra su esposo) que dice haber puesto de manifiesto la testigo, ni quiénes fueron esos posibles licitadores a quienes hizo esas advertencias.

No cabe, en consecuencia, hacer valer frente a los terceros adquirientes de buena fe el derecho de uso de la vivienda atribuido a doña Ángela. No puede olvidarse que la sentencia de divorcio es posterior a la fecha en que se extinguieron el derecho de propiedad de don Tomás y de usufructo de la esposa, en las que se basó la atribución del uso en la sentencia de separación de 1982. El derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil, se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad; en la sentencia de divorcio de 1988 se atribuye el uso de la vivienda a doña Cristina «teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 96 del Código Civil», de lo que cabe colegir que tal atribución, al no fijarse un límite temporal de acuerdo con el artículo 96.3, se hizo en razón a existir un hijo del matrimonio menor de edad cuya guarda y custodia se encomendaba a la madre.

El mantenimiento de eficacia del derecho de uso así concedido, con carácter indefinido, durante toda la vida de la beneficiaria del mismo, frente a los terceros adquirentes de buena fe, contraviene esos caracteres esenciales del derecho, de provisionalidad y temporalidad, y entraña el que las necesidades familiares (inexistentes en estos momentos al haber alcanzado hace años su mayoría de edad el hijo menor del matrimonio, tenía 17 años en 1988) sean sufragadas por terceros extraños, a quienes, en todo momento, se les ocultó la existencia de ese derecho de uso.

Por todo ello procede la estimación de estos dos motivos del recurso con la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida y confirmación, según lo razonado, de la dictada en primera instancia.

PROCESAL

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en el incidente de juicio verbal para determinar si los padres están o no incursos en causa de privación de la patria potestad no cabe recurso.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, AUTO DE 30 DE DICIEMBRE DE 2003

Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

ANALISIS DEL CASO

⊙ En el rollo de apelación núm. 47/2001 la Audiencia Provincial de Almería (Sección Primera) dictó Auto, de fecha 12 de junio de 2002, declarando no haber lugar a tener por preparado recurso de casación por la representación de don Serafín y Dª. Luisa contra la Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2001 dictada por dicho Tribunal.

⊙ Contra dicho Auto se interpuso recurso de reposición que fue denegado por Auto de fecha 10 de julio de 2002, habiéndose entregado el testimonio de ambas resoluciones a los efectos del artículo 495 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

⊙ Por Diligencia de Ordenación, de fecha 17 de septiembre de 2002, y a la vista de la petición de designación de Abogado y Procurador del Turno de Oficio que se recogía en el escrito fechado el día 24 de julio de 2002, se acordó dar traslado de dicha solicitud a los Ilmos. Colegios de Abogados y Procuradores de Madrid a fin de que, previos los trámites legales oportunos, se proveyera a la defensa y representación de oficio de quienes recurren en queja, toda vez que a esta Sala le había quedado debidamente acreditado el hecho de que a don Serafín y doña Luisa les había sido reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

⊙ Por Diligencia de Ordenación, de fecha 2 de junio de 2003, se tuvieron por designadas a la Procuradora doña María Eugenia Pato Sanz y a la Letrada doña María Ángeles Fernández Calderón para la representación y defensa de oficio de quienes ahora recurren en queja, acordándose librar, asimismo, el oportuno exhorto para hacer saber a estos últimos los nombramientos realizados, a fin de que se pudieran poner en contacto con los profesionales designados y facilitarles la documentación precisa.

⊙ Por la Procuradora doña María Eugenia Pato Sanz, en representación de oficio de los indicados litigantes, se ha interpuesto recurso de queja por entender que cabía recurso de casación y debía de haberse tenido por preparado.

⊙ El Tribunal Supremo desestimó el recurso de queja.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presente recurso de queja se interpone contra el Auto denegatorio de la preparación del recurso de casación intentada contra una Sentencia dictada por la Audiencia por la que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la de primera instancia en un procedimiento contradictorio, incoado durante la tramitación de un expediente de adopción de un menor y seguido por los trámites del juicio verbal, en

el que, a consecuencia de la oposición de los padres biológicos, se debatió sobre la necesidad de que éstos prestaran su asentimiento a aquélla, pretensión a la que se opuso el Ministerio Fiscal y la entidad pública (Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía) al considerarlos incursos en causa legal de privación de la patria potestad.

Así planteada la queja, el primer asunto a examinar es si la preparación del recurso de casación se intentó contra una Sentencia dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial, según exige el apartado 2 del artículo 477 de la LEC 2000, lo que de entrada excluye las Sentencias de apelación, cuando la impugnada no puso fin a una verdadera primera instancia, tras la tramitación ordinaria de un proceso. La cuestión que se suscita entonces es si una Sentencia dictada en un juicio verbal, iniciado bajo la vigencia de la antigua LEC de 1881, que se promueve en el seno de un expediente de adopción de un menor por los padres biológicos de éste al objeto de que se declare la necesidad de recabar su asentimiento al entender que no están incursos en causa legal de privación de la patria potestad, y ello, con la finalidad de oponerse a aquélla, se ajusta a las exigencias del artículo 477.2 LEC 2000. Pues bien, la conclusión ha de ser negativa, puesto que la Sentencia recurrida carece de la condición de «Sentencia dictada en segunda instancia», y ello porque la propia LEC 2000 distingue entre «apelación» y «segunda instancia», configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia tras su tramitación ordinaria, lo que no ocurre en el presente caso, dado que aquélla no tiene el carácter de Sentencia de segunda instancia, por haber recaído en un incidente planteado en el curso de la tramitación de un expediente de adopción, siendo evidente la subordinación a éste del procedimiento donde recayó la Sentencia que se pretende recurrir en casación, que, incluso, desde un aspecto funcional, se manifiesta en la propia competencia para su conocimiento del mismo Juez que conoce de la adopción, y, en el caso examinado, además, en el hecho de que se tramitara como incidente en pieza separada dentro del propio procedimiento de adopción, sin que nada afecte a lo dicho la circunstancia de que tanto la LEC de 1881 (artículo 1.827) como la nueva LEC 2000 (artículo 781) se remitan, para sustanciar las controversias que se susciten en torno a la necesidad del asentimiento en la adopción, a los trámites del juicio verbal. Así pues, queda cerrado el acceso a la casación al no tener la resolución impugnada el carácter de Sentencia dictada en segunda instancia.

Este criterio, y la decisión que ahora se adopta, resulta acorde con la más moderna orientación de la doctrina de esta Sala, aplicada en numerosos Autos resolutorios de recursos de queja (cf. AATS de 9 de abril de 2002, en recurso 2212/2001, formulado en autos de mayor cuantía sobre determinación de daños y perjuicios en el incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 28 de enero de 2003 y 15 de julio de 2003, en recursos 1099/2002 y 678/2003, planteados en pieza de calificación de la quiebra, de 11 de febrero de 2003, en recurso 14/2003, en incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 16 de septiembre de 2003, en recurso 918/2003, en incidente suscitado en la pieza de retroacción de la quiebra, de 4 de febrero de 2003, 15 de julio de 2003 y 23 de septiembre de 2003, en recursos 1447/2002, 428/2003 y 970/2003, suscitados en incidente de impugnación de tasación de costas, de 30 de septiembre de 2003, en recurso 1022/2003, de anulación contra laudo arbitral, de 4 de febrero de 2003 y 8 de julio de 2003, en recursos 1297/2002 y 731/2003, formulados en incidente de modificación de medidas de separación y divorcio, de 8 de julio de 2003, en recurso 613/2003, en autos sobre tercería de dominio, de 25 de febrero de 2003, en recurso 1318/2002, en autos de menor cuantía sobre impugnación de cuaderno particional elaborado por Contador dirimente en una liquidación de sociedad de gananciales promovida en un procedimiento de divorcio, de 8 de julio de 2003 y 30 de septiembre de 2003, en recursos 466/2003 y 708/2003, en incidente sobre inadmisión o exclusión de bienes en liquidación de sociedad de gananciales y de 31 de julio de 2003, en recurso 787/2003, en incidente sobre inadmisión o exclusión de bienes en el inventario, en división judicial de herencia, entre otros muchos).

A mayor abundamiento, y aunque se entendiera que la Sentencia recurrida hubiera puesto fin a una auténtica segunda instancia, el recurso debería igualmente denegarse, ya que al haberse sustanciado el procedimiento por razón de la materia, en virtud del régimen normativo aplicable al tiempo de iniciarse el pleito, el cauce de acceso al recurso de casación quedaría circunscrito al supuesto de recurribilidad previsto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC 2000, pues es reiterada doctrina de esta Sala que los supuestos de recurribilidad contemplados en los tres ordinales del artículo 477.2 de la LEC 2000 son distintos y excluyentes, no habiendo acreditado los recurrentes, en el escrito preparatorio, la concurrencia del presupuesto que condiciona la presencia del interés casacional, que, a su vez, constituye un presupuesto de recurribilidad cuando se pretende el acceso a los recursos extraordinarios por dicho cauce, por lo que su existencia debe quedar acreditada, de manera suficientemente razonable, en la fase de preparación del recurso, sin que sea posible, por otro lado, como pretenden aquéllos, el acceso a la casación por la vía que abre el ordinal 1.º del artículo 477.2 LEC 2000, ya que el proceso no tuvo como específico objeto la tutela jurisdiccional en vía civil de un derecho fundamental distinto de los previstos en el artículo 24 de la Constitución, siendo clara la propia redacción de aquel artículo al indicar que «serán recurribles en

casación las Sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales cuando se dictaran para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución», con lo que resulta que por la vía casacional de ordinal 1.º del artículo 477.2 LEC 2000 sólo tendrán acceso a la casación los procedimientos que tuvieran por objeto la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, lo que no acontece en el caso examinado al traer causa la presente queja, como antes se ha señalado, de un juicio verbal tramitado para determinar la necesidad del asentimiento de los padres biológicos en la adopción de un menor, por lo que queda claro que no ha constituido el específico objeto del proceso la tutela civil del artículo 14 de la Constitución que se denuncia como infringido. Se hace preciso insistir acerca de que es el objeto del proceso el que determina la específica vía de acceso al recurso de casación que prevé el ordinal primero del reiterado artículo 477.2 LEC 2000, por lo que únicamente es aplicable a los juicios relativos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a que se refiere el propio artículo 53.2 de la Constitución y que hayan sido vulnerados en la realidad extraprocesal (por ello se excluye el artículo 24 CE), de ahí que la previsión normativa contemple en este caso la recurribilidad en casación de las Sentencias recaídas en procesos referidos a la tutela civil del honor, intimidad, imagen u otro derecho fundamental, más no en aquellos atinentes a derechos reales, contratos o cualesquiera otra cuestión civil o mercantil, en los que no cabe utilizar aquella vía del artículo 477.2.1.º LEC 2000 por el simple medio de citar como infringido un precepto constitucional, como el artículo 14 CE, o como se hace en el recurso de queja, el artículo 39 CE, que, además, no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 53.2 CE, al hallarse en el Capítulo Tercero, Título Primero, de la Constitución, y no en la Sección Primera del Capítulo Segundo de ese mismo Título, a que se refiere este último precepto (cf. AATS, entre otros, de 17 y 24 de junio de 2003, en recursos 535/2003, 628/2003, 118/2003, 575/2003, 502/2003, 410/2003 y 423/2003 y de 1 de julio de 2003, recurso 577/2003).

En consecuencia, procede desestimar el recurso de queja, confirmándose el pronunciamiento denegatorio de la Audiencia Provincial, aunque sea por consideraciones jurídicas en parte coincidentes, y en parte diferentes, sin que pueda verse en ello atisbo alguno de indefensión, toda vez que el acceso a los recursos corresponde al ámbito del orden público procesal y a este Tribunal incumbe el examen de los presupuestos y requisitos precisos, atendiendo a las razones jurídicas que resulten efectivamente correctas y procedentes, al margen de que resulten o no conformes con las expuestas por el órgano jurisdiccional *a quo*.

PROCESAL

Inadmisión del recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en procedimiento de menor cuantía para la fijación de visitas a los abuelos al no acreditarse el interés casacional, ya que la parte recurrente no ha acreditado tal interés, limitándose a esgrimir que la sentencia recurrida se opone a lo resuelto por otras Audiencias en orden a la fijación de unos concretos regímenes de visitas a los abuelos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, AUTO DE 20 DE ENERO DE 2004

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Décima) se dictó Sentencia el 22 de mayo de 2001, en el rollo de apelación 196/2001, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía 187/2000 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Valencia, que versaba sobre derecho de visitas de la abuela en relación con los nietos.

⊙ Por la representación de doña Isabel y de don Fidel se instó la preparación del recurso de casación, por «interés casacional», recayendo Providencia el 4 de junio de 2001 que concedió plazo de

veinte días para su interposición, lo que se llevó a cabo mediante escrito presentado el 21 de junio de 2001, tras lo que se acordó remitir los autos a este Tribunal Supremo, mediante Providencia de 25 de junio de 2001, que fue notificada a los Procuradores de ambas partes.

- Recibidas las actuaciones en esta Sala se formó el correspondiente rollo de casación núm. 2606/2001, en el que no se han personado las partes, obrando escrito del Ministerio Fiscal en el que se opone a la admisión del recurso, en base a lo previsto en el artículo 480.2 LEC de 2000.

- El Tribunal Supremo desestimó el recurso de queja.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Parte recurrente instó la preparación del recurso de casación, por la vía del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC 2000, invocando como supuesto de «interés casacional» que la Sentencia dictada en segunda instancia infringe el artículo 160, párrafos segundo y tercero, del Código Civil y contradictoria con la jurisprudencia de diversas Audiencias Provinciales, citando, por sus fechas, siete sentencias de diferentes tribunales de apelación.

Como en el presente juicio la Sentencia recayó en grado de apelación después de comenzar la vigencia de la LEC 1/2000, de 7 de enero, es incuestionable la aplicabilidad del nuevo sistema de recursos, siendo susceptible de acceso a la casación por la vía utilizada, es decir por la del artículo 477.2.3.º LEC 2000, de modo que debe analizarse si concurre el «interés casacional» que se invoca, siendo evidente que tal requisito en modo alguno ha sido acreditado, al limitarse la parte a citar diversas Sentencias de diferentes Audiencias que, a su parecer, contienen un criterio contradictorio con el sentado en la resolución recurrida en cuanto al régimen de visitas establecido en favor de la abuela.

En el sistema de recursos extraordinarios establecido en la nueva LEC 2000 el «interés casacional» se ha erigido en presupuesto esencial para lograr la finalidad de crear autorizada doctrina jurisprudencial, de ahí que se haya configurado legalmente como un requisito que trasciende a las partes y establece de modo objetivo la «necesidad del recurso» (en terminología de la propia Exposición de Motivos, en concreto en su apartado XIV); por ello, al margen de la función nomofiláctica que es la propia del recurso de casación, en los asuntos susceptibles de acceso por el cauce del «interés casacional», es imprescindible que el mismo exista realmente, lo que hacer recaer en el litigante que lo invoca la carga de justificarlo, para evitar que tan sustancial presupuesto de recurribilidad se convierta en mero formalismo y formulismo.

En el caso de la «jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales» la finalidad del recursos de casación es dejar sentada una doctrina por el Tribunal Supremo que supere una divergencia jurídica entre órganos jurisdiccionales de segunda instancia, produciéndose un indirecto efecto de unificación, según corrobora el artículo 487.3 LEC 2000, de tal modo que la necesidad del recurso de casación en este supuesto viene constituida por una contraposición de criterios en relación con una misma cuestión jurídica, lo que hace preciso que, en general, los supuestos sean sustancialmente iguales, pues en otro caso será difícil que se produzca la identidad entre los puntos o cuestiones en relación con los cuales hay una controversia jurisprudencial; asimismo es preciso que exista una reiterada posición en un sentido y otra, también reiterado, en sentido contrario, pues precisamente una divergencia persistente entre Audiencias es lo que determina que el juicio pueda ser examinado por el Tribunal Supremo, para zanjar la contradicción surgida en orden a la interpretación y aplicación de una norma legal, de ahí que el legislador aluda a «jurisprudencia contradictoria», en un sentido, sin duda impropio, pero expresivo de que es preciso un antagonismo repetido que debe suponer algo más que una ocasional o accidental diferencia de criterio entre Audiencias, por ello esta Sala viene exigiendo que existan dos o m´ss Sentencias de un mismo tribunal de apelación y otras o más en sentido jurídico opuesto de una diferente Audiencia o Sección orgánica, criterio que ha sido considerado correcto por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 2 de junio de 2003 (recurso de amparo 82/2002).

En el presente supuesto no se acreditó que existiera jurisprudencia contradictoria de Audiencias en el sentido que se acaba de considerar, pues la parte recurrente se limita a esgrimir que la Sentencias recurrida se opone a lo resuelto por otras Audiencia en orden a la fijación de unos concretos regímenes de visitas a los abuelos, con lo que, además, la divergencia ni siquiera se refiere a una cuestión jurídica *stricto sensu;* por ello nos hallamos ante un supuesto de preparación defectuosa, pues en el escrito de anuncio del recurso fue omitida la justificación suficiente del «interés casacional», al limitarse a enumerar diferentes

resoluciones, sin que se haya cumplido tampoco en fase de interposición con la acreditación del presupuesto que dicho interés comporta, de manera que concurren las causas tipificadas tanto en el número primero del artículo 483.2 LEC 2000 (preparación defectuosa), como en la del número tercero de ese mismo precepto (inexistencia del interés casacional).

Resta únicamente puntualizar que el asunto no es susceptible de recurso por la vía del artículo 477.2.2.º LEC 2000, también esgrimida por la parte, dado que la misma se contrae a los asuntos sustanciados en razón a la cuantía es, además, exige superar el valor de 25.000.000 de pesetas, lo que tampoco concurre en los juicios de cuantía indeterminada.

En suma, el recurso debe ser ahora inadmitido, sin necesidad de abrir el trámite de puesta de manifiesto a que alude el artículo 483.3 LEC 2000, pues tiene reiterado este Tribunal que sólo es preciso cuando comparece el recurrente, lo que no aconteció en el presente supuesto. Procede, consecuentemente, declarar firme la Sentencia y hacer saber que contra este Auto no cabrá recurso alguno, según prevé el artículo 483, apartados 4 y 5 LEC 2000, sin que se deba efectuar expresa imposición de costas. Asimismo habrá de procederse por la Audiencia Provincial a notificar esta resolución a las partes, por medio de los Procuradores que ostentan ante ella la representación, ante la incomparecencia de los litigantes a que se ha venido haciendo referencia.

PROCESAL

Inadmisión del recurso de casación interpuesto contra una sentencia de divorcio al no haber acreditado el recurrente el interés casacional, no habiendo aportado dos sentencias de un mismo órgano jurisdiccional con un criterio dispar al contenido en otras dos sentencias de distinto Tribunal.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, AUTO DE 16 DE MARZO DE 2004

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

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Carlos Antonio, presentó el día 22 de junio de 2001 escrito de interposición de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la Sentencia dictada, con fecha 8 de mayo de 2001, por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Cuarta) en el rollo de apelación 1767/2000, dimanante de los autos 184/2000 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza.

- Mediante Auto de 29 de junio de 2001 la Audiencia acordó tener por interpuestos los recursos preparados y elevar las actuaciones a este Tribunal Supremo, apareciendo notificada dicha resolución a los Procuradores personados en el rollo de apelación con fecha 5 de julio siguiente, aquel Auto fue aclarado por otro de 9 de julio ulterior, también notificado a las partes, los días 12 y 13 de julio de 2001.

- Formado el presente rollo, don Carlos Antonio, presentó escrito ante esta Sala, con fecha 11 de julio de 2001, personándose como parte recurrente. Asimismo Dª. Sofía presentó escrito con fecha 17 de julio de 2001, personándose como parte recurrida.

- Con fecha de 23 de diciembre de 2003 se dictó Providencia en la que se acordaba dar cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 473.2 y 483.3 de la LEC poniendo de manifiesto a dichos litigantes personados las posibles causas de inadmisión del recurso concurrentes, habiéndose evacuado dicho traslado por ambas partes, mediante escritos presentados con fecha 21 y 23 de enero de 2004.

- El Tribunal Supremo no admitió a trámite el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Con carácter previo al examen de la concurrencia de la causa de inadmisión contemplada en el inciso segundo del artículo 483.2.1.º LEC 2000 –preparación defectuosa por falta de acreditación del «interés casacional»–, resulta necesario precisar, a la vista de las manifestaciones vertidas por el recurrente en su escrito de fecha 23 de enero de 2004 y según las cuales el recurso de casación resultó también preparado al amparo del artículo 477.2.2.º LEC 2000, cuál de los distintos cauces de acceso al recurso de casación resulta apropiado.

Del examen de los autos se comprueba que se pretende preparar recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra una sentencia recaída en un juicio de divorcio seguido por el procedimiento a que se refiere la Disposición Adicional quinta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinó el procedimiento a seguir para las demandas de nulidad, separación y divorcio. Nos encontramos por tanto ante un litigio así seguido por expresa determinación de la Ley y en atención a la materia litigiosa, quedando por tanto circunscrita la vía de acceso al recurso de casación únicamente al ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC 2000. Al respecto se ha de indicar que esta Sala ha declarado que los cauces de acceso a casación contenidos en el artículo 477.2 LEC son distintos y excluyentes, estando reservado el del «interés casacional» a los asuntos sustanciados en razón a la materia, con independencia de que su valor económico sea o no cuantificable y a cuánto pueda ascender, mientras que los juicios seguidos con base en la cuantía, por no existir disposición que ordene un específico trámite en atención al objeto, son los que únicamente pueden ser recurridos en casación por la vía del ordinal 2.º del reiterado artículo 477.2 LEC 2000. Esta Sala ha justificado en numerosos Autos –entre los cuales cabe citar los AATS 18 de noviembre de 2003, recurso 1171/2003, y 25 de noviembre de 2003, recurso 1209/2003– el porqué de esa configuración de los cauces de acceso al recurso de casación como distintos y excluyentes, resultando especialmente interesante referir la doctrina contenida en el ATS 23 de abril de 2002, recurso 330/2002, y en el que se indicaba que sin lugar a dudas eran defendibles y por supuesto totalmente respetables los argumentos de distinto signo que conducen a considerar que las vías de recurso que establece el artículo 477.2 LEC no son excluyentes, argumentos que incluso queriendo tener su punto de apoyo en la Exposición de Motivos de la Ley no son, sin embargo, los que la Sala Primera ha acogido, pues precisamente la atenta lectura de la Exposición de Motivos de la Ley, atendiendo a los trabajos preparatorios y a la necesidad de dotar de coherencia al sistema normativo establecido por el legislador, le ha llevado a sostener lo contrario. Este criterio, por demás, no contradice la expresa voluntad del legislador de no dejar ninguna materia sin posibilidad de acceder a la casación, pues no se excluye ninguna, por más que se sujeten a condiciones de recurribilidad que son distintas según la vía de acceso; y así, si para la casación de las sentencias dictadas en juicios que tengan por objeto la tutela judicial civil de derechos fundamentales no se exige más presupuesto ni requisito que la exposición sucinta de la vulneración del derecho fundamental que se considere cometida (artículo 479.2 LEC), para las sentencias recaídas en juicios tramitados por razón de la cuantía se establece la suma *gravaminis* de 25 millones de pesetas, en tanto que para las dictadas en procesos sustanciados por razón de la materia es preciso que la resolución del recurso presente interés casacional, objetivado en alguna de las formas que establece el legislador en el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC 2000 y al margen totalmente de cual pudiera ser la cuantía del litigio.

Determinado por tanto como único cauce de acceso idóneo el del artículo 477.2.3.º LEC 2000, procede examinar si se ha procedido en el escrito preparatorio a justificar la concurrencia de alguno de los tres supuestos que contempla dicho precepto. Pues bien, la respuesta ha de ser negativa. El recurrente, en su escrito preparatorio, tras citar como infringidos los artículos 120.3 CE, 91, 93, 97, 100, 146 y 147 del Código Civil, refiere el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 479.4, a cuyo fin cita, en relación con el «derecho a la tutela jurisdiccional. motivación de las sentencias» *(sic)* una Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, (Sección 1.ª), de 22 de mayo de 2000; en relación con la «modificacion sustancial de las circunstancias. procedencia modificación pensión de alimentos para el hijo» *(sic)* una Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1.ª) de 1 de febrero de 2000, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 13 de abril de 2000 y otra Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.ª) de 14 de febrero de 2000; y, por último y en relación con la «modificación sustancial circunstancias. modificación pensión compensatoria esposa» *(sic)*, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.ª) de 5 de septiembre de 2000 y una Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª) de 8 de mayo de 1997.

Utilizado como cauce de acceso el del interés casacional y referido éste a la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, incurre el recurrente en la causa de inadmisión contemplada en el inciso segundo del artículo 483.2.1.º LEC 2000 –preparación defectuosa por falta de una mínima acreditación del «interés casacional»– al vulnerar la doctrina de esta Sala elaborada en relación con la preparación de recursos de casación por existencia de jurisprudencia

contradictoria de Audiencias Provinciales y según la cual, el caso de interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las sentencias de las Audiencias Provinciales exige pronunciamientos contradictorios, es decir, diversidad de respuestas judiciales, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos, recaídas en supuestos sustancialmente iguales, resultando necesario –habida cuenta el sentido terminológico empleado a los efectos del acceso a la casación– la cita de dos sentencias de una determinada Audiencia o Sección y su contraposición con otras dos que hayan resuelto en sentido contrario, siquiera fuera la que se pretende recurrir y otra más de la misma Sección orgánica de la Audiencia, lo que también obliga no sólo a expresar la materia en que existe la contradicción sino a razonar de qué modo se produce ésta, así como a exponer la identidad entre cada punto de la sentencia que se pretende recurrir y aquel sobre el que existe la jurisprudencia contradictoria que se invoca, no bastando con plantear la discordancia entre la resolución impugnada y otras de diferentes Tribunales de apelación, al emplear el artículo 477.3 LEC 2000 el término «jurisprudencia», que exige la existencia de dos sentencias de un mismo órgano jurisdiccional con un criterio dispar al contenido en otras dos sentencias de distinto Tribunal; siendo preciso resaltar que la doctrina de esta Sala sobre este caso de interés casacional ha encontrado ya refrendado en el Tribunal Constitucional (STC 108/2003, de 2 de junio).

Dichos requisitos no aparecen cumplidos en el supuesto examinado y en el que el recurrente no contrapone, por cada uno de los puntos de la Sentencia que pretende recurrir, dos sentencias de un mismo órgano jurisdiccional con un criterio dispar al contenido en otras dos sentencias de distinto Tribunal, lo que impide siquiera hablar de existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, pues el caso de «interés casacional» radica en la existencia de un antagonismo reiterado entre órganos jurisdiccionales de segunda instancia, permitiendo al Tribunal Supremo sentar una doctrina con finalidad unificadora, por ello se precisa que la discrepancia sea repetida (de ahí el empleo del término «jurisprudencia»), sin que baste en ningún caso contraponer la resolución impugnada a otras de distintas Audiencias Provinciales, como se hizo en este supuesto.

A mayor abundamiento, es necesario significar que la causa de preparación defectuosa, por falta de justificación del interés casacional, que se puso de manifiesto y es apreciable en este supuesto, abocaría también a la propia inexistencia del presupuesto que el interés casacional comporta, pues ni siquiera extemporáneamente, en la interposición, se acreditó la existencia de jurisprudencia contradictoria en el sentido que se ha considerado.

La inadmisión del recurso del casación determina, igualmente, que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, sin necesidad de otras consideraciones, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición Final 16.ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5.ª, párrafo segundo, de la LEC 2000. Por ello, el recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser inadmitido, al concurrir la causa de inadmisión contemplada en el artículo 473.2.1, en relación con la mencionada Disposición Final Decimosexta, apartado 1, párrafo primero y regla 5.ª, párrafo segundo, de la LEC 2000.

MENORES

Condenado un colegio privado por el daño moral causado a consecuencia de la expulsión de un alumno sin haber informado ni haber dado audiencia al interesado ni a sus padres, sin haberles notificado el instructor designado, ni los cargos que se le imputaban, habiéndoseles privado de la posibilidad de presentar pruebas.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 2003

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Ángel Daniel ingresó en colegio privado no concertado R. el 14 de septiembre de 1994 como alumno del curso tercero de BUP 1994-1995.

- El referido alumno fue expulsado por la dirección del Colegio a primeros de noviembre de 1994.

⊙ Por mediación de la Inspección de Enseñanza Media pudo incorporarse al Colegio E., en régimen de enseñanza nocturna en el mes de febrero siguiente.

⊙ Don Ángel Daniel, don Antonio y doña Sara interpusieron demanda de menor cuantía en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicaron: «Que previos los trámites legales y el recibimiento del pleito a prueba que ya intereso, se dicte sentencia en la que: 1.º Se reconozca que don Ángel Daniel fue alumno del Colegio R. durante el curso escolar 1994/95. 2.º Se declaren vulnerados, por parte del Colegio R., los siguientes derechos fundamentales –todos ellos recogidos en la CE– de don Ángel Daniel: a) Derecho a la tutela judicial efectiva así como las siguientes manifestaciones del mismo, reconocidos todos ellos en el artículo 24 de la CE: derecho a ser informados de la acusación formulada, derecho a la defensa, derecho a la audiencia, derecho a la presunción de inocencia y derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. b) Derecho a que se respeten los principios de legalidad y tipicidad contemplados en el artículo 25.1 de la CE siempre que uno sea sancionado. c) Derecho a la educación contemplado en el artículo 27 de la CE 3.º Se declaren vulnerados, por parte del Colegio R., los siguientes derechos fundamentales –todos ellos recogidos en la C.E.– de don Antonio y doña Sara: a) Derecho a la tutela judicial efectiva así como las siguientes manifestaciones del mismo, reconocidos todos ellos en el artículo 24 de la CE: derecho de defensa, derecho de audiencia y derecho a ser informado de la acusación. b) Derecho a la educación reconocido en el artículo 27 de la CE 4.º Se condene al Colegio R. a indemnizar a don Antonio, a doña Sara y a don Ángel Daniel por los daños y perjuicios causados por la expulsión de éste último. La cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios se determinará en el trámite de ejecución de sentencia. 5.º Se impongan las costas del presente procedimiento a la parte demandada, Colegio R.».

⊙ La entidad demandada Colegio R., se personó en las actuaciones y contestó a la demanda, oponiéndose a la misma en base a las alegaciones de hechos y fundamentos jurídicos que aportó, terminando por suplicar: «Se tenga por contestada en tiempo y forma y por opuestos a la misma, y seguido el procedimiento por sus peculiares trámites, incluso el recibimiento a prueba que expresamente solicito, se dicte en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo al Colegio R. de todas y cada una de las pretensiones contenidas en la misma, con expresa imposición de costas.»

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de A Coruña dictó Sentencia el 4 de marzo de 1997, estimando parcialmente la demanda y declarando que la demandada ha vulnerado derechos constitucionales recogidos en los artículos 24 y 27 de la Constitución Española, de don Ángel Daniel, al adoptar el acuerdo de expulsión del mismo como alumno del citado Colegio, por lo que deberá indemnizar al citado demandante en los daños y perjuicios ocasionados por dicha vulneración, en la cuantía que se determinará en ejecución de sentencia; condenando a dicha demandada a estar y pasar por la precedente declaración, y al abono de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia; y debo absolver y absuelvo a la demandada de las demás peticiones contra la misma formuladas; todo ello sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia.

⊙ En grado de apelación la Sec. 1.ª de la AP de A Coruña dictó Sentencia el 9 de diciembre de 1997 estimando el recurso interpuesto por la entidad Colegio R., si bien revocando únicamente el pronunciamiento de condena a la demandada a indemnizar al demandante en la forma que se expresaba en dicha resolución.

⊙ Don Ángel Daniel, don Antonio y doña Sara interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien condenó a la entidad demandada a abonar en concepto de daños morales a los actores la cantidad de 12.000 euros.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La expulsión del alumno, conforme el *factum* acreditado, no lo fue por consecuencia de haberse instruido expediente correcto, pues sólo se practicaron unas diligencias integradas por tres folios, que no tienen consideración de expediente, como con todo acierto puntualiza el Magistrado-Juez de Primera Instancia, y ratificó la Sala de Apelación, pues se omitieron actividades transcendentales, preceptivas y usuales en estos casos, en acomodo al artículo 24 de la Constitución, que es terminante al no autorizar situaciones causantes de indefensión.

A tal efecto faltaron las actuaciones de información puntual al interesado o a sus padres o representantes legales, tanto del instructor designado como de los cargos que se le imputaban, audiencia para poder defenderse, y presentar pruebas, y mínima actividad probatoria para acreditar los hechos que eran determinantes de expulsión fulminante del Colegio.

Se trata, y de manera bien notoria, de una decisión totalmente irregular, que tiene cabida en el ámbito de la arbitrariedad, y lleva consigo consecuencias más que positivas, como ocurre en este caso, intensamente negativas tanto para el alumno como para sus familiares, al haberse conculcado de modo frontal los artículos constitucionales 24 y 27, y con infracción de elementales principios de tipicidad y legalidad.

La sentencia recurrida confirmó la del Juez de la Instancia y decretó que la expulsión llevada a cabo resultaba injusta y se habían infringido los principios de presunción de inocencia y el de interdicción de la arbitrariedad, pero revocó su sentencia para no acceder a la petición de que procedía indemnizar daños y perjuicios, que se integró en el suplico de la demanda, y a fijar su cuantía en trámite de ejecución de sentencia.

La Sala estimó que no se habían acreditado los daños psicológicos –insomnio, estado depresivo, ...–, sin que resultase posible establecer las bases de la referida pretensión indemnizatoria que autorizasen su fijación cuantitativa en el trámite de ejecutoria, conforme al artículo 360 de la Ley Procesal Civil. Se trata por tanto de una desestimación parcial razonada de la demanda, con la consiguiente absolución del Colegio demandado, lo que no conforma incongruencia omisiva, ya que no concurre pleno silencio judicial respecto a la cuestión de la indemnización de daños y perjuicios, que efectivamente fue planteada, pero no se acreditó su concurrencia y así no cabe relegar su existencia para el trámite de ejecución (Sentencia de 8 de abril de 1996).

La jurisprudencia conocida y reiterada de esta Sala de Casación Civil admite y no reputa incongruente la sentencia que, respetando la *causa petendi*, deja para el trámite de ejecutoria la cuantificación de los daños reclamados, siempre y cuando se fijen las bases de la futura liquidación, lo que aquí no ha sido posible, por lo que, en razón a lo expuesto, el motivo no prospera.

Si bien no procede la indemnización de los daños y perjuicios referidos en el motivo anterior, cuestión distinta es la referente a los daños morales también solicitados en el escrito de demanda y exigen partir, como ha quedado estudiado, que la expulsión decretada por la dirección del colegio resultó irregular y dotada de arbitrariedad que la privan de toda legitimación.

No se trata aquí precisamente de daños derivados de propio incumplimiento contractual y tampoco derivados de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, sino más bien de daños generados en línea de abuso del derecho o de contraderecho que se refuerza en su aspecto coactivo-sancionador, (Sentencia de 27 de julio de 1994), imputables al colegio demandado por la expulsión que decidió del alumno referenciado.

Nuestro Código Civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de «todos» y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo –que ha de estudiarse conjuntamente con el tercero por infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil– la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas sentencias de 6 de diciembre de 1912 y de 19 de diciembre de 1949, declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido (Sentencias de 3 de junio de 1991, 3 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 19 de octubre de 2000) y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro.

En términos generales, como de manera exhaustiva analiza la Sentencia de 22 de febrero de 2001, el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece.

En el caso presente al alumno expulsado por consecuencia de la conducta del colegio, le alcanza

situación de descrédito de su imagen ante los compañeros y entorno social, que indudablemente resultó dañada, pues fue desprestigiado de forma evidenciada, máxime si merodeó y se sembró sospecha de consumo de drogas en el recinto colegial, que para nada quedó demostrado, ya que también la sospecha cuenta con suficiente carga para ocasionar daño por sí y repercute en el interesado con estados de sufrimiento, intranquilidad y zozobra, que no son fáciles de superar.

No se puede dejar de lado, a mayores razones, para justificar la procedencia de la indemnización por daños morales, la repercusión de la sanción de expulsión en los padres del recurrente –que fueron también demandantes–, por la relación de conexión inevitable, ya que les quebrantó la confianza en el colegio y de que su hijo pudiera llevar a cabo sus estudios sin el corte arbitrario que se produjo y les hizo pasar por un estado de notoria intranquilidad y desasosiego, pues hubieron de buscar como pudieron, incluso valiéndose de la ayuda y comprensión de la Inspección de Enseñanza, otro colegio que lo admitiera, lo que ocurrió ya avanzado el curso, pero el tiempo dejado atrás no fue precisamente de satisfacción y serenidad para los mismos, sino al contrario de sobresalto y hasta pesadilla que no deja de producir impactos psicológicos y afectar a la armonía familiar, sin que valga el argumento del Tribunal de Instancia, de no existir nexo causal entre la actuación del colegio y el resultado de injusta expulsión, cuando la causalidad en este supuesto resulta acreditada, por darse conducta reprochable en la parte demandada.

Los motivos proceden y se fija en doce mil euros (12.000 euros) la indemnización por daños morales que proceden, haciendo Nos uso de las facultades jurisdiccionales soberanas que Nos asisten en el cauce de la legalidad.

UNIONES DE HECHO

No se concede indemnización tras el cese de la unión de hecho habida cuenta de que ambos realizaron trabajos fuera de casa y con esos ingresos adquirieron bienes que ponían indistintamente a nombre de uno o de otro.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 2003

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Filomena promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía, en ejercicio de acción declarativa de condena y división de la cosa común y, subsidiariamente, acción de enriquecimiento sin causa, contra doña María del Pilar, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «Dictar sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: a) Se declare que entre las partes en litigio existió una convivencia paramatrimonial que generó la creación de una comunidad de bienes adquiridos durante este tiempo, abarcando dicha comunidad a los bienes que se describen en el apartado tercero de los hechos de esta demanda, participando cada uno de los convivientes al 50% en los citados bienes y derechos. b) Habiendo cesado en la convivencia que la originó, se declare la extinción del condominio existente entre la actora y el demandado y se proceda a la disolución y liquidación de la misma, asignando a cada parte la mitad del valor de los bienes reseñados. c) Se declare que, por ser indivisibles los expresados bienes, procede, salvo el previo acuerdo de las partes, su venta en pública subasta con intervención de licitadores extraños, repartiéndose el precio obtenido entre ambos litigantes por mitades iguales. d) Subsidiariamente, que se condene a doña María del Pilar, a entregar la suma de 15.000.000 de pesetas fijada provisionalmente, sin perjuicio de cuanto resulte de la prueba a practicar en dilación probatoria, o de la cantidad que a juicio de S.S.ª compense satisfactoriamente a doña Filomena, los trabajos, servicios y empobrecimiento sufrido a consecuencia de los años de convivencia y posterior disolución. e) Que se condene al demandado al pago de las costas si se opusiere a los pedimentos de esta demanda».

- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, la contestó oponiéndose a la misma y, suplicando al Juzgado que se dicte sentencia por la que desestimando la demanda se absuelva a mi mandante de las pretensiones en aquella contenidas, todo ello con expresa imposición de las costas a la actora por su manifiesta temeridad».

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Denia dictó Sentencia el 17 de octubre de 1996 estimando parcialmente la demanda y declarando que entre las partes existió una convivencia paramatrimonial, condenó a doña María del Pilar a entregar la suma de cinco millones de pesetas para compensar a doña Filomena los trabajos, servicios y empobrecimiento sufrido a consecuencia de los años de convivencia y posterior disolución.

- En grado de apelación la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 22 de enero de 1998 estimando el recurso interpuesto por doña M.ª del Pilar y revocando la sentencia del juzgado, absolviendo a la demandada de las peticiones que contra ella se incluían en el suplico de la demanda.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia de la Audiencia Provincial absolvió a doña María del Pilar con base a la argumentación de que «de lo actuado en autos no puede llegarse a la conclusión que lo hace el Juzgador de instancia para estimar el enriquecimiento alegando que los litigantes convivieron catorce años habiendo estado primero en el domicilio de la actora en Bélgica y luego en el del demandado y habiéndose dedicado la demandante la mejor parte de dichos años a las labores domésticas sin que haya recibido una prestación económica y habiendo contribuido la misma al mantenimiento y cuidado del hogar familiar, vendiendo incluso su vivienda en dicho país, ya que de la propia lectura de la demanda esta parte demandante comienza por manifestar que durante esos años de convivencia compartieron ingresos y la vida íntima, que el demandado trabajaba fuera de casa y aportaba su sueldo a la economía familiar, al igual que lo hacía ella misma al trabajar fuera de casa además de realizar las labores domésticas. Solamente en los dos últimos años aportó su sueldo la actora a la convivencia puesto que el demandado se encontraba en paro. No se trata que la demandante fuera la única que ingresaba sus retribuciones o patrimonio, sino que también lo hizo el demandado, y ambos lo consintieron por lo que no puede estimarse que ahora, cuando ha cesado dicha convivencia, la actora pretenda cobrar una indemnización, cuando ella misma viene a manifestar que todo lo que iba adquiriendo se ponía indistintamente a nombre de uno o de otro y que nunca existió una verdadera comunidad de bienes».

El motivo primero del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1215 del Código Civil, en relación con el artículo 1253 del mismo texto legal, y de la doctrina jurisprudencial aplicable a dichos preceptos, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha obviado las pruebas claras y objetivas obrantes en las actuaciones, y apoya su argumentación en presunciones, a pesar de la aplicabilidad excepcional de las mismas– se desestima porque el Juzgador de instancia ni siquiera menciona la prueba de presunciones y, en verdad, no la ha utilizado en sentido propio, según las exigencias del citado artículo 1253, que autoriza, mas no obliga, a emplear este instrumento acreditativo, sino que ha obtenido una serie de conclusiones, suficientes para justificar el fallo, a través de los diversos datos demostrativos incorporados a los autos, lo que resulta decisivo para sentar que, cuando no se hizo uso de dicho medio probatorio para fundamentar la parte dispositiva, no se ha vulnerado el precepto reseñado (aparte de otras, SSTS de 13 de noviembre de 1995 y 17 de febrero de 1998).

El motivo segundo del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión del artículo 1232 del Código Civil, en relación con el artículo 1234 de idéntico texto legal, y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que reseña, ya que, según denuncia, la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta que el demandado, al absolver la posición décima de las que le fueron formuladas, afirmó que la vivienda que tenía la actora en Bélgica fue vendida tres meses después de haberse trasladado a España, y respecto a la decimotercera, manifestó que recibió en su propia cuenta una transferencia procedente de Bélgica, realizada por doña Araceli, cuñada de doña Filomena, por importe de 150.000 F.B., lo cual supone que hubo coparticipación de los litigantes para la adquisición de los bienes

que usaron y disfrutaron durante su relación paramatrimonial– se desestima porque la confesión prestada bajo juramento indecisorio ha de versar sobre hechos personales del confesante, y sólo hace prueba plena cuando las respuestas son desfavorables o contrarias para quien confiesa, no cuando son favorables, salvo aplicación del principio de indivisibilidad; en dicho supuesto es preciso distinguir entre que la confesión sea la única prueba existente sobre el hecho enjuiciado, en que, como dispone el referido artículo 1232, hace prueba plena contra su autor; y que sobre los mismos hechos haya otras pruebas con resultados diferentes, donde cabe valorar libremente la confesión en relación con otros medios probatorios.

A lo último indicado se refiere la doctrina jurisprudencial cuando dice que la confesión no es una *regina probatium*, carece de rango superior a otros medios de prueba o no tiene carácter privilegiado.

En el caso que nos ocupa, aparece el relato de la demanda a que alude la sentencia recurrida y, además de la confesión del demandado, se han practicado diversas pruebas, y no se ha acreditado en la instancia el derecho de la actora a la indemnización que solicita.

El motivo tercero del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración del artículo 1216 del Código Civil, en relación con el artículo 1218, párrafo segundo, de este ordenamiento, puesto que, según reprocha, la sentencia de la Audiencia no ha valorado que quedó suficientemente acreditado que el demandado obtuvo el permiso de residencia en España «dependiendo de la Sra. Filomena», lo que significa que, por ser necesario la acreditación de la posesión de medios de vida para la obtención del permiso de residencia, aquél carecía de trabajo y de ingresos dinerarios, amén de que desconoce que ha quedado probado que la realidad de los hechos no era la registral, ni la que aparecía en las escrituras públicas, pues los litigantes adquirieron de forma conjunta todos los bienes que existían al final de su relación, incluido el vehículo marca «Porsche», que figuraba a nombre de la demandante– se desestima porque si bien esta Sala tiene declarado que el valor o eficacia probatoria del documento público no se extiende al contenido del mismo o a las declaraciones que hagan los otorgantes, pues, aunque en principio, hacen prueba contra ellos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de los mismos puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (STS de 30 de septiembre de 1995 y, en igual sentido, SSTS de 30 de octubre de 1998 y 20 de enero de 2001, entre otras), en el supuesto del debate, aunque el artículo 1218 del Código Civil contiene una regla de prueba legal o tasada, la sentencia de instancia no ha quebrantado dicho precepto, sin que quepa desarticular en casación una apreciación probatoria en su conjunto mediante la invocación del medio documental, que no tiene un valor privilegiado o superior respecto a los demás de prueba.

En definitiva, la recurrente pretende sustituir la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de apelación por la suya propia, pero, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, tal pretensión es inadecuada dada la naturaleza extraordinaria de la casación, pues volver sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias singulares no concurrentes en este caso, transformaría este recurso en una tercera instancia.

UNIONES DE HECHO

No concesión de indemnización a la conviviente de hecho al no haberse acreditado un perjuicio patrimonial por el cese de la convivencia, no constando patrimonio alguno adquirido durante la unión, ni que la conviviente se hubiese dedicado exclusivamente al hogar.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2004

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

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Marcelina interpuso demanda de menor cuantía contra don Luis solicitando que dictase sentencia por la que se condenase al demandado al pago de 20.000.000 de pesetas como indemnización por enriquecimiento injusto, o subsidiariamente, al abono de una pensión compensatoria

por desequilibrio económico de 150.000 pesetas mensuales, más los intereses legales y costas que se originen a las que deberá ser condenado.

- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada Luis, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... se dicte sentencia por la que desestimando la referida demanda, se declare no haber lugar los pedimentos de la misma y por las razones y fundamentos contenidos en el cuerpo del presente, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Puerto de la Cruz dictó Sentencia el 17 de febrero de 1997 desestimando íntegramente la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 10 de enero de 1997 desestimando el recurso interpuesto por Dª Marcelina.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del actual recurso de casación lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida se ha infringido el principio general del derecho de protección al conviviente perjudicado por una situación de hecho.

Ante todo sobre el tema de las consecuencias de la disolución por voluntad unilateral de uno de los convivientes *more uxorio* o unión de hecho, hay que traer a colación la doctrina pacífica y consolidada derivada de las sentencias de esta Sala, que puede plasmarse de la siguiente manera: tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa; en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación.

Sobre la convivencia *more uxorio*, la doctrina ha elaborado numerosos estudios en la época actual, por la realidad social de su proliferación y por la consideración que jurídicamente merecen, lejos de una abstención típica de tiempos pasados y que tuvo reflejo en los Códigos civiles de los anteriores siglos, incluyendo el español.

La legislación ha permanecido ajena a este tema, por lo menos explícitamente y hasta muy poco ha, aunque es bien cierto que anteriormente sí se había regulado la unión familiar de hecho en el Fuero juzgo, Fueros municipales y Las Partidas. Pero si ha carecido de expresa consideración jurídica, ello no significa que sea contraria a la ley: es alegal, no ilegal; no está prevista, pero tampoco prohibida; es ajurídica, no antijurídica; sus indudables efectos, *inter partes* en la convivencia y por la disolución y respecto a la filiación, no son ignorados por el jurista en general, ni por el juez en particular. La Constitución española no contempla directamente la unión de hecho, pero sus normas le pueden afectar directa o indirectamente: así, el artículo 9.2 impide su discriminación en aras a los principios de libertad e igualdad, el artículo 10.1 le hace aplicable el principio de dignidad de la persona y el artículo 14 al proclamar el principio de igualdad evita un trato discriminatorio; más específicamente, el artículo 39.1 proclama la protección de la familia y ésta no sólo es la fundada en el matrimonio, sino también la que se basa en la convivencia *more uxorio*.

En el ámbito legislativo, sí han sido reguladas las uniones de hecho en una serie de leyes de aplicación territorial a ciertas Comunidades Autónomas y temporal a partir de su entrada en vigor, por lo que no es aplicable al presente caso la dictada en la Comunidad de Madrid, Ley 11/2001, de 19 de diciembre.

Ante la realidad de la doctrina y la ausencia de la legislación, ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado con detenimiento de este tema, resolviendo los casos concretos que han llegado a la jurisdicción, prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por razón de muerte o

de voluntad unilateral. Se ha referido a la misma como familia natural (Sentencia de 29 de octubre de 1997), situación de hecho con trascendencia jurídica (Sentencia de 10 de marzo de 1998), realidad ajurídica, con efectos jurídicos (Sentencia de 27 de marzo de 2001), realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 5 de julio de 2001). Ha destacado que carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (Sentencias de 28 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997) lo que se resume así: La convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y 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 en 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 quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica.

Lo que, respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (Sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997). Aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (Sentencia de 10 de marzo de 1998) y, recientemente, ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil (Sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002). 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 y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (Sentencias de 10 de marzo de 1998, cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001).

La cuestión que con más frecuencia se ha planteado a esta Sala, es decir, el supuesto más conflictivo, es la disolución o ruptura de la convivencia y la reclamación del perjudicado frente a la situación injusta en que queda.

Ante dicha cuestión, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa. Salvo en escasísimos supuestos en que no se ha estimado la demanda, por no ser aplicable la normativa (Sentencia de 24 de noviembre de 1994) o por negar todo tipo de comunidad (Sentencia de 22 de enero de 2001), la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil (en todos los casos, ésta era la mujer), sino que se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (Sentencia de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (Sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión compensatoria (Sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (Sentencias de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997).

Dicho lo anterior es preciso ahora llegar al núcleo de la cuestión del motivo casacional planteado. Pues bien, dicho motivo debe ser desestimado. Efectivamente, se ejercitó en la actual contienda judicial por la parte ahora recurrente una acción cuya base fáctica era la convivencia *more uxorio* o unión de hecho con otra persona, ahora parte recurrida, la cual por voluntad unilateral la disolvió, con lo que se estimó la parte actora como perjudicada.

Y en el presente caso, no se estima necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (artículo 393, segundo párrafo, Código Civil), 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 (ni tampoco es ésta la solución que han dado las leyes de las Comunidades Autónomas que se han dictado sobre este tema) y presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer. Lo cual no significa siempre en relación con el caso presente llegar al absurdo de entender que una de las partes –la mujer, en este caso y en todos los que han llegado a esta Sala– deba quedar desprotegida, sino que se evita el perjuicio injusto que sufriría, acudiendo a soluciones jurídicas que, si no están expresamente recogidas en el Derecho positivo, derivan de los principios generales.

Pues bien ciñéndonos ya al actual tema controvertido, hay que partir de la base de una convivencia de hecho que duró más de 20 años, de la que nacieron dos hijos, ya mayores de edad. Lo cual es un inicio que sustenta la tesis indemnizatoria de la parte recurrente; pero ahora bien del *factum* de la sentencia recurrida se desprende que no se ha comprobado que la demandante se hiciera cargo del mantenimiento del demandado por tiempo de cuatro años, sufragando aquélla con el producto de su trabajo los gastos ordinarios generados por éste; tampoco se justifica pacto alguno respecto al posible régimen económico o la existencia de un patrimonio común; no constan bienes adquiridos constante la relación estable referida, y lo único que al respecto se justifica, es la existencia de una cuenta corriente indistinta a nombre de ambos litigantes, abierta en una entidad bancaria sita en La

Orotava, cancelada en el año 1993, con un movimiento de partidas que nunca supera el medio millón de pesetas de saldo favorable, y donde, a falta de otra prueba, se constata la existencia de diferentes ingresos procedentes del trabajo del esposo, sin que se acrediten ingresos en tales cuentas, procedentes del trabajo de la demandante.

Asimismo hay razones para dudar de la precariedad económica que invoca la demandante, en tal sentido, la misma ha venido ejerciendo durante años, como reconoce, una actividad remunerada consistente en labor de peluquería de canes, desconociéndose, por no quedar acreditado, el nivel de ingresos que por tal actividad ha venido y viene percibiendo la actora, pero, en cualquier caso, no se ha justificado que de las ganancias obtenidas con dicho trabajo se beneficiara en modo alguno el demandado, antes puede deducirse por la existencia de la cuenta corriente aludida y por percibir la actora, por su parte, los ingresos procedentes de la actividad comercial descrita, la existencia de dos economías separadas, aunque, obviamente, por la propia convivencia de hecho en un mismo domicilio y por los hijos habidos en dicha relación, determinados gastos se sufragarán, cabe presumir a falta de otra prueba, con uno u otro patrimonio, indistintamente. Tampoco se ha demostrado la dedicación de la mujer al hogar de manera exclusiva.

Todo ello hace que no se deba tener en cuenta la teoría del enriquecimiento injusto alegada por la parte recurrente, ya que no se ha demostrado un perjuicio patrimonial que le afecte, ni un enriquecimiento consecuente en el patrimonio de su pareja. Pero sobre todo no se ha comprobado –*factum* de la sentencia recurrida– que uno solo de los miembros de la unión de hecho, se haya aprovechado del trabajo y esperanzas del otro, y no se ha determinado patrimonio alguno adquirido durante la convivencia.

EFICACIA CIVIL DE NULIDAD CANÓNICA

Concesión de eficacia civil de una sentencia canónica de nulidad declarando al mismo tiempo la mala fe del esposo y la buena fe de la esposa y transformando la pensión compensatoria fijada en el divorcio en indemnización por nulidad matrimonial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2003

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don David promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre eficacia civil y ejecución de sentencia firme de nulidad matrimonial dictada por Tribunal Eclesiástico contra doña María Esther, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «Dicte sentencia declarando haber lugar a la eficacia civil y ejecución de las meritadas resoluciones eclesiásticas».

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, la contestó, oponiéndose a la misma, y, formulando a su vez demanda reconvencional, en la que, tras alegar hechos y fundamentos de derecho, suplicó al Juzgado: «Dicte en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda y estimando la reconvención, acordando: 1.º) No haber lugar a la eficacia civil interesada de adverso. 2.º) En el caso de conceder la eficacia civil instada: a) Se deberán mantener los efectos que la sentencia de divorcio produjo entre los cónyuges, es decir, la pensión compensatoria que, de acuerdo con la normativa civil vigente, viene percibiendo mi mandante en la actualidad. b) Se deberá declarar por el Juzgador la mala fe evidenciada por la conducta del esposo, y la instrumentalización de la que ha sido objeto el presente procedimiento, que se ha iniciado con la única finalidad de eludir el obligado sus responsabilidades. c) Se deberá declarar, asimismo, la pervivencia de los derechos que puedan corresponder a

mi representada frente a la Seguridad Social. d) En el caso de que no procediese el mantenimiento de la pensión compensatoria, deberá aplicarse lo establecido en el artículo 98 del Código Civil. Y, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora por su temeridad y mala fe al pleitear».

⊙ Don David, contestó a la reconvención, suplicando al Juzgado: «Dictar sentencia dando lugar a la acción presentada por mi parte y no dando lugar a la reconvención formulada de contrario con expresa imposición de las costas a la contraparte».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alzira dictó Sentencia el 2 de noviembre de 1996 estimando la demanda y declarando la eficacia en el orden civil de la sentencia de nulidad del matrimonio de don David y doña María Esther, dictada por el Tribunal Eclesiástico número 4 de Valencia, de fecha 18 de noviembre de 1994, ratificada por el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de Madrid por Decreto de fecha 28 de marzo de 1995, con los siguientes efectos civiles: 1.º La nulidad del matrimonio de los cónyuges don David y doña María Esther. 2.º La inscripción de la sentencia canónica y la presente resolución al margen de la inscripción principal del matrimonio, en la que se expresará su cancelación, para lo cual se remitirá oficio exhortatorio al que se acompañará testimonio de la presente resolución, al Encargado del Registro Civil de Alzira.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 9.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 14 de noviembre de 1997 estimando el recurso interpuesto por doña María Esther revocando la sentencia de instancia en el sentido de añadir a la declaración de nulidad matrimonial allí expresada y a los efectos declarados los siguientes: 3.º) Se declara la mala fe a los efectos civiles del demandante don David y la buena fe de doña María Esther. 4.º) Se declara el derecho de las Sra. María Esther a percibir del actor, en concepto de indemnización por la antedicha declaración de nulidad, la cantidad mensual que venía percibiendo a consecuencia de la sentencia de divorcio, actualizables según los índices ordinarios, desde la fecha de la demanda reconvencional, con los intereses legales aplicables desde entonces. 5.º) No procede imponer las costas ocasionadas en la primera instancia. C) No procede la imposición de las costas de esta alzada».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo se alega el exceso de jurisdicción, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha entrado a decidir sobre los efectos civiles de la nulidad en lo referente a la declaración de mala fe y a la condena a indemnización, en lugar de haberse limitado a una mera función de homologación– se desestima porque el motivo carece manifiestamente de fundamento. En el citado artículo 1692.1, se integran los casos relativos al abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción. El exceso tiene lugar cuando se conoce por los Tribunales civiles de asuntos que jurisdiccionalmente no correspondía entender; el defecto se produce cuando indebidamente se deja de conocer de un asunto que pertenece a la jurisdicción civil; la expresión «abuso» no añade nada nuevo a las de exceso y defecto y se considera que hay abuso tanto cuando se incurre en defecto como en exceso. Esta Sala tiene declarado que los temas de jurisdicción tienen su encaje en el artículo 1692.1 (STS de 6 de febrero de 1992); este precepto es aplicable cuando el órgano jurisdiccional que enjuicia el litigio se desorbita o extralimita su función respecto al alcance concreto en que ha de ejercer su misión aplicatoria del derecho (STS de 8 de abril de 1994). En este precepto, se pueden encuadrar casos en que el Tribunal deja de conocer de cuestión encomendada a su orden jurisdiccional por la Ley Orgánica del Poder Judicial; o cuando entiende de cuestión con invasión de orden jurisdiccional distinto del civil; o si resuelve sobre cuestiones correspondientes a la jurisdicción de otro Estado o sustraída a los Tribunales del Estado por pacto válido de sumisión al arbitraje (STS de 4

de julio de 1994); según determinan las SSTS de 6 de marzo de 1992 y 6 de mayo de 1994, comprende las cuestiones jurisdiccionales siguientes: respecto a la Administración; jurisdicciones extranjeras; otros órdenes jurisdiccionales (Penal, Contencioso-Administrativo, Social y Militar); y arbitraje. Ninguna de las situaciones indicadas encaja en el caso del debate.

Para plantear adecuadamente los temas de jurisdicción en casación es preciso indicar el cauce del número 1.º del artículo 1692 y señalar el precepto atributivo de competencia que ha sido infringido, cuyo último presupuesto no se ha cumplido en el motivo. Por demás, la jurisdicción del orden civil es competente para conocer de las causas de nulidad del matrimonio, cualquiera que haya sido su forma de celebración, y el objeto de este juicio, en atención a la índole del procedimiento seguido y a la demanda reconvencional, no quedó limitado al tema de la homologación de la sentencia canónica de nulidad, sino que se extiende a los efectos civiles de la nulidad declarada, los cuales se rigen por el Derecho Civil y no por el Derecho Canónico, aparte de que también se ha planteado la cuestión de la relación de las consecuencias de la nulidad con las ya definitivamente establecidas de una anterior sentencia de divorcio, cuya resolución es de la exclusiva competencia de la jurisdicción civil estatal (artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 778.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El motivo segundo del recurso va dirigido a denunciar la infracción por transgresión de los artículos 97 y 98 del Código Civil, ya que, según reprocha, la sentencia de instancia no ha considerado que la indemnización debió plantearse, en el supuesto de que la demandada tuviera derecho a ella, después de la firmeza de la sentencia donde se conceden efectos civiles a la resolución canónica dictada por la Jurisdicción Eclesiástica, –pero no antes de ese momento– se desestima porque, amén de cobijarse en una vía procesal inadecuada para la denuncia de la infracción de normas sustantivas (artículos 97 y 98 del Código Civil), carece de argumentación específica, pues el recurrente se limita a afirmar que no existe el derecho a una indemnización basada en la mala fe del cónyuge que da causa a la nulidad del matrimonio y reitera su punto de vista sobre la inidoneidad de reclamar la indemnización en este juicio.

SEGURIDAD SOCIAL

A efectos del cálculo de la pensión de viudedad debe computarse el tiempo que el causante convivió con la actual viuda antes de contraerse el matrimonio, habida cuenta que en aquella época no existía la posibilidad de divorciarse.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 4.ª, SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Manuel Iglesias Cabero

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Juan, nacido el 3 de abril de 1940, contrajo matrimonio con doña Teresa el 24 de julio de 1960, habiéndose disuelto el mencionado matrimonio por sentencia de divorcio de 11 de abril de 1983.

- Don Juan convivía maritalmente con don Luisa por lo menos desde diciembre de 1966, habiendo tenido con la misma dos hijos, Juan Carlos nacido el 27 de agosto de 1966 y Francisco Javier nacido el 8 de diciembre de 1969. La citada pareja fue empadronada en el mismo domicilio en el Padrón de 1965. doña Luisa y don Juan contrajeron matrimonio el dos de febrero de 1984, divorciándose posteriormente el 18 de octubre de 1991.

- Con fecha 5 de junio de 2001, dictó sentencia el Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona.

- El 3 de mayo de 2000, doña Luisa solicitó prestaciones de viudedad por el fallecimiento de don Juan, hecho ocurrido el 4 de agosto de 1999.

- Las prestaciones económicas le fueron reconocidas en resolución de 2 de octubre de 2000 en cuantía de 19,77% sobre el 45% de la base reguladora de 165.439 pesetas, es decir 15.014 pesetas/mes. Interpuesta reclamación previa, fue desatendida por resolución expresa de 15 de noviembre de 2000.

- El 5 de junio de 2001, el Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda interpuesta por doña Juana condenar al Instituto Nacional De La Seguridad Social al pago de la pensión de viudedad en cuantía del 66 por ciento sobre el 45 por ciento de la base reguladora de 165.439 pesetas, es decir, 136 pesetas, más revalorizaciones y mejoras con efectos desde el 3 de febrero de 2000, y a la codemandada doña Teresa a estar y pasar por tal declaración».

- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el INSS, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, dictó sentencia el 18 de junio de 2002, desestimando el recurso .

- El INSS interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra la meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, y emplazadas las partes se formularon en tiempo escrito de interposición del presente recurso aportando como contradictorias, respectivamente, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 31 de octubre de 2000.

- El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La actora pretendía en su demanda que, para el cálculo de la pensión de viudedad, se compute el período comprendido entre el mes de diciembre de 1966 y el día en que se rompió la convivencia por divorcio, a lo que accedió la sentencia de instancia, que fue confirmada en trámite de suplicación. Ahora es el INSS el que ha interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, para denunciar infracción del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, sosteniendo que no puede ser computado como tiempo de convivencia el precedente al matrimonio, salvo que se hubieran adoptado las medidas para remover la imposibilidad de contraer matrimonio inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y en estos términos ha quedado centrado el debate en trámite de casación para la unificación de doctrina.

A efectos de acreditar la contradicción ha seleccionado el recurrente la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 31 de octubre de 2000. Al impugnar la actora el recurso niega que entre ambas sentencias comparadas concurran las identidades a que alude el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para demostrar que se ha quebrantado la unidad de la doctrina pero, abstracción hecha de datos marginales carentes de interés, lo cierto es que, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, en ambos supuestos se debate la misma cuestión relacionada con el cómputo del tiempo de convivencia, sin mediar matrimonio, a efectos de calcular la pensión de viudedad y, en supuestos de sustancial identidad, se han dado respuestas judiciales de signo contrario, por lo que se hace preciso la unificación de la doctrina, aunque en realidad el recurso de casación para la unificación de doctrina podría ser desestimado por falta de contenido casacional, dado que la resolución impugnada se acomoda en su pronunciamiento a los dictados repetidamente expuestos por esta Sala, a pesar de lo cual se reiteran aquí una vez más los argumentos que han servido de base al fallo.

El artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que en esencia contiene igual norma que la de la regla 3.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que como vulnerado se denuncia en el recurso, dispone que en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio. El precepto, en relación con la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, ha sido interpretado por nuestras sentencias de 21 de marzo de 1995, de Sala General, 10 de abril de 1995, 25 de abril de 1995, 4 de julio de 1997 y 21 de marzo y 3 de julio de 2000, cuya doctrina, expuesta de manera

resumida, proclama que la norma 1.ª de aquella disposición adicional produjo, en relación a supuestos en los que hubiera mediado matrimonio anterior disuelto por divorcio, ciertas consecuencias negativas para aquél, en tanto que, por ser única la pensión de viudedad, la correspondiente al viudo había de verse reducida en la porción que debía asignarse al divorciado. El derecho del viudo seguía siendo pleno, sin límite alguno derivado de la duración de la convivencia matrimonial, pues la regla de proporcionalidad que establece la norma 3.ª se refiere exclusivamente al divorciado y al separado, pero no al viudo con matrimonio normal; la literalidad de dicha norma 3.ª no conduce a entender que incluya la concurrencia, dado que la mención que contiene a «quien sea o haya sido cónyuge legítimo» debe entenderse referida al separado o al divorciado, respectivamente, como lo demuestra la frase que cierra el mencionado precepto, aludiendo al dato de la independencia de las causas que hubieran determinado la separación o divorcio.

La doctrina expuesta se proyecta sobre el derecho de dos personas que convivieron y estuvieron vinculadas por matrimonio al causante; en cuanto a la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado, será la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el período que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante; por su parte, el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de la pensión la porción que ha de asignarse a este último. En el caso que ahora nos ocupa tiene perfecto acomodo la doctrina expuesta, que la sentencia recurrida aplicó con indudable acierto al acceder a la pretensión ejercitada en la demanda, pues quedó acreditado que la actora y el causante convivieron maritalmente desde diciembre de 1965, según lo acredita el padrón de dicho año, y también consta el nacimiento de los dos hijos habidos de tal unión antes de la celebración del matrimonio, que tuvo lugar al poco tiempo de entrar en vigor la Ley del Divorcio 30/1981 una vez que el causante se divorció de su anterior esposa (11 de abril de 1983), con la que no convivía desde el año 1965. Por tanto, a la demandante se le acredita, a efectos del cálculo de la pensión de viudedad, todo el tiempo de convivencia con el causante, hasta el divorcio que tuvo lugar el 18 de octubre de 1991, por cuya razón, visto el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas.

SEGURIDAD SOCIAL

Una vez que se ha extinguido la pensión de orfandad por haber contraído matrimonio su beneficiaria, no puede volver a rehabilitarse porque se haya producido la separación de los cónyuges y el esposo no abone la pensión fijada judicialmente.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 4.ª, SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Ramón Martínez Garrido

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Dolores nacida el 16 de enero de 1961, percibía pensión de orfandad en cuantía del 20% de su base reguladora de 33.963 pesetas con efectos de 1 de diciembre de 1985. La beneficiaria se encuentra afecta de un grado total de minusvalía del 68,5%, y el dictamen emitido por la UVI el 30 de enero de 1986 a efectos de reconocimiento de la indicada pensión concluía que se encontraba incapacitada de forma permanente y absoluta para todo trabajo.

⊙ La pensión de orfandad quedó extinguida el 1 de junio de 1990 por el matrimonio de la hoy actora, del cual nacieron dos hijos. En las navidades de 1999 el cónyuge de la actora abandona el domicilio conyugal, iniciándose por la interesada proceso de separación matrimonial que culmina con sentencia de 19 de enero de 2001 en la que se aprueba el convenio regulador de 8 de mayo de 2000 en el que se establecía la obligación de pago por el cónyuge de 30.000 pesetas para cada uno de los hijos, y otras 30.000 pesetas

para la hoy actora. A pesar de lo indicado el cónyuge de la interesada no ha abonado ninguna de las pensiones reseñadas, presentándose denuncia ante la Comisaría de Policía de Albacete el 17 de abril de 2001 que originó las diligencias previas núm. 756/2001 seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Albacete por abandono de familia. No consta ingreso alguno de la interesada.

- El día 20 de noviembre de 2000 la actora solicita la rehabilitación de la pensión de orfandad, la cual le es denegada mediante resolución del INSS de 13 de febrero de 2001. Presentada la preceptiva reclamación previa la anterior es confirmada por resolución de 29 de marzo de 2001.

- Con fecha 9 de julio de 2001 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Albacete dictó Sentencia estimando la demanda y declarando el derecho de doña Dolores a percibir pensión de orfandad rehabilitada en cuantía del 20% de su base reguladora de 33.963 pesetas con efectos de 20 de agosto de 2000.

- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del INSS dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, Sentencia con fecha 4 de febrero de 2003 desestimando el recurso.

- El INSS interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina en el que, como sentencia de contraste, invoca la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de septiembre de 2000, que fue estimado por el Tribunal Supremo que desestimó la demanda interpuesta por doña Dolores.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión debatida es la posibilidad de rehabilitar una pensión de orfandad, a favor de quien estaba declarada inválida absoluta, que se había extinguido como consecuencia de haber contraído matrimonio la beneficiaria.

Según consta en el relato de hechos probados, la actora nacida en el año 1961, percibía pensión de orfandad, estando afecta de un grado total de minusvalía del 68,5% que le incapacitaba de manera permanente y absoluta para todo trabajo. Su pensión se extinguió en 1990 cuando contrajo matrimonio. En las navidades de 1999 la actora fue abandonada por su esposo, dándose lugar a un proceso de separación en el que se aprobó un convenio regulador en virtud del cual el marido debía satisfacer 30.000 pesetas por cada uno de los dos hijos y otras 30.000 pesetas (mensuales) a la demandante. Tales pensiones nunca fueron satisfechas. Se presentó denuncia por abandono de familia, sin que conste su resultado, ni que la demandante haya percibido ingreso alguno. En noviembre de 2000 solicitó la rehabilitación de la pensión que le fue denegada en vía administrativa.

La sentencia de contraste contempla un supuesto en el que la demandante extinguió la pensión de orfandad al contraer matrimonio. Decretada siete años después la separación legal, solicitó del INSS la pensión por estar incapacitada para el trabajo, en virtud de la correspondiente resolución administrativa. La solicitud fue desestimada tanto en vía administrativa como en la judicial. Se hace evidente que ante supuestos sustancialmente idénticos las Salas de Suplicación llegaron a conclusiones contradictorias, por lo que, habiendo verificado el recurrente la comparación de las dos sentencias, en los términos que exige el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, fue procedente la admisión a trámite de este recurso y debe hoy la Sala pronunciarse acerca de la doctrina unificada.

La prestación de orfandad se reconoce con carácter general a los menores de 18 años en el artículo 9 del Real Decreto 1647/1997, de 15 de julio y, sólo excepcionalmente, a los mayores de dicha edad, pero menores de 22 e incluso de 24 para el huérfano absoluto carentes de ingresos (RD 1465/2001, de 27 de diciembre) y, cuando el huérfano esté incapacitado para el trabajo en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Tal pensión se extingue, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, por contraer matrimonio. Este mandato no tiene excepción alguna, ni en la Orden antes referida, ni en ningún otro supuesto, siendo de señalar que en los Reales Decretos 1647/1997 y 1465/2001, que reordenaron parte de esta

prestación, tampoco se recogieron supuestos de rehabilitación de la pensión extinguida por matrimonio. En nuestra legislación no existe mandato alguno que permita rehabilitar la prestación de orfandad y no es aplicable a este supuesto la jurisprudencia de esta Sala sobre rehabilitación de la pensión de viudedad, cuando el matrimonio fue declarado nulo, expuesta en nuestra Sentencia de 28 de julio de 2000, ya que en el presente supuesto no se ha decretado la nulidad del matrimonio que determinó la extinción de la pensión, ni tan siquiera el divorcio. Cierto es que tal como consta en los hechos probados la demandante se encuentra en una real situación de necesidad que habrá de ser cubierta, en su caso, por medio de una prestación asistencial, pero sin que tal situación de necesidad pueda estimarse causa suficiente para dar lugar a la contributiva de orfandad, al no existir precepto legal ni reglamentario que la ampare.

Se impone por tanto, de conformidad con el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, la estimación del recurso y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el de esta clase interpuesto por el INSS contra la sentencia de instancia que deberemos revocar, desestimando las pretensiones de la actora.

SUCESIONES

Estimación de la acción rescisoria en fraude de acreedores de la donación de inmuebles efectuada por los padres a favor de los hijos, sin que sea obstáculo para ello que el acreedor tenga reconocido su crédito en la suspensión de pagos presentada por los padres.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Los cónyuges don Rafael y doña Frida concertaron con el Banco de A., SA el 3 de diciembre de 1991 una póliza de crédito con garantía personal por un límite de cuatro millones de pesetas, con vencimiento el 12 de noviembre de 1992, cuyo saldo negativo dio lugar al crédito reclamado y reconocido en la sentencia de primera instancia, que devino firme en tal extremo.

⊙ Los mencionados cónyuges, por escritura pública de 11 de noviembre de 1992, donaron las fincas registrales núm. 003 y núm. 004 a sus hijos doña Rebeca, don Luis Antonio, don Alejandro y doña Begoña.

⊙ El 20 de noviembre de 1992 don Rafael solicitó la declaración de suspensión de pagos como comerciante individual, la cual se tuvo por solicitada (después de diversas incidencias relativas a subsanación de defectos) por propuesta de providencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Orihuela de 25 de enero de 1993 dando lugar al expediente núm. 467/92.

⊙ En dicho procedimiento se dictó el Auto de 13 de marzo de 1996 en el que se declara la suspensión y la situación de insolvencia definitiva fijándose en 17.827.591 pesetas la cantidad en que el pasivo excede del activo, sin que conste que en el plazo de quince días del artículo 8 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de junio de 1922 se haya consignado o afianzado la diferencia, y sin que tampoco haya constancia alguna relativa a si hubo o no convenio.

⊙ El Banco de A., SA interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra don Rafael y su esposa Dª. Frida, y sus hijos Dª. Rebeca, don Luis Antonio, don Alejandro y doña Begoña solicitando se dicte sentencia: Condenando solidariamente a los demandados, don Rafael y su esposa doña Frida, a pagar a mi representada la cantidad de 8.237.912. pesetas de principal, más los intereses del

17,50% en cuanto a la cantidad de 2.728.958. pesetas, desde el día 26 de noviembre de 1992 hasta que el pago se realice; y más los intereses del 29% en cuanto a la cantidad de 5.508.954 pesetas, desde la fecha de presentación de la demanda hasta que el pago se realice. 2. Declarando la nulidad e inexistencia del contrato de donación otorgado el día 11 de noviembre de 1992 en virtud del cual don Rafael y doña Frida transmitieron a favor de sus hijos aquí demandados, doña Rebeca, don Luis Antonio, don Alejandro y doña Begoña, diversos inmuebles. 3. Alternativamente declarando la rescisión de contrato de donación referido en el apartado anterior de este Suplico por haberse realizado en fraude de acreedores. 4. Declarando la nulidad y cancelación de los asientos de dominio practicados en el Registro de la Propiedad núm. 1 de Orihuela, con motivo de la escritura de donación que impugnamos, al que antes hemos hecho referencia, debiendo a tal efecto dirigirse mandamientos al Sr. Registrador de la Propiedad núm. 1 de Orihuela, firme que sea la sentencia, para proceder a la cancelación de los referidos asientos. 5. Que se declare que la acción revocatoria que ejercitamos en estos autos, deberá favorecer únicamente a mi representada. 6. Condenando solidariamente a todos los demandados al pago de todas las costas causadas en este procedimiento.

⊙ Don Rafael contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «absolutoria de la instancia, sin entrar en el fondo del asunto planteado por la actora, por proceder estimar las excepciones procesales esgrimidas por esta representación; y en otro caso, o sea, en el improbable de entrar a estudiar y dilucidar sobre el fondo del asunto, igualmente desestimar la citada demanda, absolviendo a mi mandante de las pretensiones contenidas en ella, con imposición de costas a la actora en ambos casos».

⊙ Por Providencia de fecha 28 de junio de 1993, se declaró en rebeldía a los demandados doña Frida, doña Rebeca, don Luis Antonio, don Alejandro y doña Begoña, al no haberse personado en el plazo para contestar a la demanda.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Orihuela dictó Sentencia el 26 de noviembre de 1993 estimando la demanda en cuanto a la condena solidaria al abono de la cantidad reclamada, pero desestimando la pretensión de nulidad y de rescisión de las donaciones absolviendo al resto de los codemandados. No se hace especial condena en costas.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 11 de diciembre de 1997 desestimando el recurso interpuesto por Banco de A., SA.

⊙ Banco de A., SA interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien declaró la rescisión de la donación por haberse efectuado en fraude de acreedores.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La decisión judicial de la Audiencia Provincial, para desestimar la acción de rescisión de la donación, se fundamentó, aparte una remisión genérica a los razonamientos de la de primera instancia (fto. 3.º), en que «no concurre el requisito de poder cobrar de otro modo lo que se debe, ni tampoco el del artículo 1294 CC, esto es, carencia de todo otro recurso legal para obtener la reparación, ya que el Sr. Rafael se encuentra en estado de suspensión de pago y en ese expediente el Banco de Alicante, aquí demandante-apelante, tiene reconocido su derecho de crédito».

La Sentencia recurrida parte de la base de que la acción rescisoria en fraude de acreedores es subsidiaria y entiende, como ya antes se expuso, que «en el caso no concurre el requisito [correspondiente a tal característica] de no poder cobrar de otro modo lo que se debe,

ni tampoco el del artículo 1294 del Código Civil, esto es, carencia de todo otro recurso legal para obtener la reparación, ya que el Sr. Rafael se encuentra en estado de suspensión de pagos y en ese expediente el Banco de Alicante, demandante-apelante, tiene reconocido su derecho de crédito, y no se le puede permitir que actúe en provecho propio con el ejercicio de esa acción rescisoria, cuando en dicha Suspensión de Pagos dispone del recurso legal para cobrar su crédito; y de ahí precisamente el carácter de subsidiariedad que impone el artículo 1294 del Código Civil a esa acción, la cual no puede ejercitarse sin límites al estar subordinada a la necesidad de que por otro medio no pueda obtenerse la reparación del perjuicio que se pretende».

Resulta incuestionable que la acción rescisoria en fraude de acreedores –revocatoria, o pauliana– tiene carácter subsidiario, de conformidad con lo establecido en los artículos 1.111 –«después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe»–, 1291.3º –«cuando éstos [los acreedores] no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba»– y 1.294 –«la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio»–, todos ellos del Código Civil. Se trata de una subsidiariedad económica y jurídica, con independencia [en el presente recurso] del alcance que en la perspectiva jurídica quepa atribuir al precepto del artículo 1294 CC.

La Jurisprudencia, en numerosas resoluciones, ha examinado la doble faceta de carencia de bienes y de otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio económico, configurándola en torno a la imposibilidad de obtener la satisfacción del crédito (S. de 28 de junio de 2002) –imposibilidad, real y efectiva, de cobrar, como señalan las Sentencias de 5 de noviembre de 1995 y 19 de junio de 2001–. Sin embargo, la propia doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de la exigencia declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso (SS de 17 de julio de 2000 y 17 de julio de 2002), ni obtener en un juicio previo la declaración de insolvencia (SS de 29 de marzo de 2001 y 2 de abril de 2002), como tampoco es preciso que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores (SS de 31 de octubre de 1994, 20 de febrero y 19 de septiembre de 2001, 27 de junio de 2002), por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas (S. de 9 de mayo de 2001) o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso (SS de 31 de diciembre de 1998, 23 de septiembre de 2002).

A propósito de la carencia de bienes no resulta admisible la mera afirmación en sentido contrario cuando, como ocurre en el caso, hay una declaración judicial [en expediente de suspensión de pagos] de insolvencia definitiva, con arreglo a la que el pasivo es notoriamente superior al activo; y ello tanto más si se tiene en cuenta que la doctrina de esta Sala tiene declarado que es el deudor el que ha de precisar y señalar otros bienes para excluir la legitimación de la acción revocatoria (S. 19 de septiembre de 2001), y que no se puede gravar al acreedor con la prueba del hecho negativo de la insolvencia del deudor (SS de 11 de abril de 2001, 12 de diciembre de 2002).

Por otra parte, aunque la subsidiariedad exige también que se carezca de otro recurso legal para la reparación del perjuicio económico que afecta al acreedor (SS de 20 de febrero, 29 de marzo y 11 de diciembre de 2001; 2 de abril, 28 de junio y 23 de septiembre de 2002; 1 de abril de 2003), no resulta asumible el criterio de la resolución de la instancia de que un expediente de suspensión de pagos en el que se declaró la insolvencia definitiva del deudor constituya un mecanismo legal idóneo para obtener aquella reparación con indemnidad del crédito del actor. Esta Sala tiene dicho que no concurre el requisito de la subsidiariedad –en la faceta de carencia de otro recurso legal– cuando no se agotó la vía de apremio (SS de 24 de noviembre de 1988; 5 de diciembre de 1994; 8 de marzo y 30 de junio de 2003), pero, dejando sentado que la suspensión de pagos no tiene tal consideración, en cualquier caso, la doctrina jurisprudencial visualiza en tal situación una falta de constancia de la imposibilidad para resarcirse del crédito, que no es real cuando hay una situación como la antes expresada de insolvencia definitiva con una notoria desproporción del pasivo respecto del activo.

De lo razonado se deduce la concurrencia del requisito legal y que, desde la óptica de la subsidiariedad, nada cabe oponer a la prosperabilidad de la acción pauliana. Ocurre, sin embargo, que la Sentencia objeto de recurso considera que la simple existencia del expediente de suspensión de pagos impide el ejercicio de la acción pauliana. Así se advierte cuando en el fundamento segundo dice «que no se le puede permitir [al Banco accionante] que actúe en provecho propio con el ejercicio de la acción rescisoria cuando en dicha Suspensión de Pagos dispone del recurso legal para cobrar su crédito», en relación con el fundamento tercero en el que se alude a los razonamientos jurídicos de la sentencia apelada para «compartirlos íntegramente y hacerlo suyos en evitación de repeticiones inútiles e innecesarias», lo que, evidentemente implica una motivación por remisión –plenamente legítima, aunque hubiera sido clarificador una concreción acerca de la intrincada pluralidad argumentativa de la resolución de primera instancia–, y, por consiguiente, directamente sometida a la verificación casacional.

El juzgador de primera instancia [y por remisión la sentencia recurrida como se acabe de señalar] admite que durante la suspensión de pagos cabe que los acreedores puedan instar declaraciones judiciales acerca

de la existencia y legitimidad de sus créditos, o para proponer acciones resolutorias, pero rechaza la posibilidad de que puedan ejercitar la acción revocatoria o pauliana por diversas razones que expone de forma extensa y abigarrada.

Aunque el tema es complejo y dificultoso, o al menos de no sencilla resolución, no se advierte argumento consistente para privar al acreedor de la acción pauliana –como medio legítimo para la defensa individual de su crédito– por el mero hecho de haberse constituido el deudor en situación de suspensión de pagos; o cuando menos no tienen tal consistencia las razones aducidas por la parte recurrida a lo largo de las actuaciones, ni las expuestas por las sentencias de instancia.

Para argumentar la conclusión que se sostiene procede significar, que, si bien es cierto que la acción pauliana (artículo 1111 del CC) se diferencia de las revocatorias concursales por su fundamento, características y efectos, lo que se traduce no sólo en una distinta legitimación activa –en la primera cualquier acreedor perjudicado en su crédito, y para las segundas los interventores de la suspensión (artículo 21 LSP en relación con los artículos 879 a 882 del C. de Comercio, y 1366 y 1377 de la LEC)–, sino también en diferentes consecuencias, dado que las concursales tienden a la reintegración de la masa, mientras que la pauliana beneficia únicamente de modo directo al acreedor o acreedores que la ejercitan, por lo que es obvio que, en este caso, el provecho del ejercicio de la acción es sólo para el acreedor accionante, sin embargo no por esto se le puede privar de tal derecho para hacer efectivo su crédito, o mejor, para resarcirse del perjuicio económico sufrido. Con esta apreciación no se vulnera el principio concursal esencial de la *«par conditio –rectius, conditcio– creditorum»*, porque no se altera la igualdad respecto de la masa activa, ni se atribuye ningún privilegio o preferencia respecto de la misma, ya que los bienes donados sobre los que incide la rescisión están fuera del patrimonio del deudor. Es más, en tal perspectiva, incluso los otros acreedores de la suspensión resultarían indirectamente beneficiados, al extinguirse, o reducirse, el crédito del acreedor resarcido mediante la acción pauliana; sin que proceda especular sobre posibles hipótesis o eventualidades de futuro, tanto más si se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes en la fecha del contrato que se pretende rescindir y, además, el hecho de que la acción pauliana se extingue por caducidad a los cuatro años (artículo 1299 del CC). La suspensión de pagos produce como efecto fundamental la paralización de las ejecuciones aisladas sobre los bienes del deudor, es decir, inmoviliza el patrimonio del suspenso para –en su caso– su posterior reparto entre todos los acreedores según las reglas de la quiebra, pero en el supuesto que se examina no se produce tal ejecución aislada, porque el bien –como se dijo– no está en el patrimonio del deudor ya que lo ha enajenado, por lo que no se afecta a dicha inmovilización. La conclusión que se mantiene consistente en no apreciar obstáculo al ejercicio de la acción pauliana una vez iniciado el procedimiento concursal tiene apoyo en la opinión doctrinal mayoritaria, y asimismo se manifestó favorable («aunque *obiter dicta*») la Sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 1988.

Por último, con el fin de agotar la respuesta a la argumentación contraria, debe significarse que el hecho de que la masa de la suspensión deba sufrir las consecuencias de los gastos que puedan derivarse del proceso no es diferente de otros supuestos en que se admite como incontrovertible la posibilidad de planteamiento de juicios declarativos durante la suspensión, aparte lo dicho respecto del beneficio reflejo que para los restantes acreedores de la suspensión supone el resultado de la estimación de la acción pauliana; y sin que por lo demás pueda hacerse reproche alguno desde el punto de vista ético (fto. tercero *in fine* de la Sentencia de primera instancia) a la parte actora por haber ejercitado un medio establecido en la ley para la defensa o garantía de su derecho de crédito, y cuyo efecto consiste en la privación de eficacia *ab initio* del contrato impugnado, sólo respecto del demandante y en la medida estrictamente necesaria para subsanar el perjuicio (entre otras, S. de 28 de noviembre de 1997).

Desaparecidos los óbices relativos a la subsidiariedad y situación de suspensión de pagos del deudor, procede analizar si concurren los restantes requisitos para la prosperabilidad de la acción rescisoria pauliana. Y a tal efecto, tomando en cuenta los antecedentes fácticos expuestos en el fundamento tercero, resulta incuestionable la concurrencia de los mismos, toda vez que: a) Consta la existencia de un crédito a favor de la entidad actora contra los demandados –cuya cuantía se reconoció en la Sentencia del Juzgado que en tal particular devino firme al no ser apelada por los demandados– (SS de 7 de abril de 2000, 29 de marzo y 19 de septiembre de 2001, entre otras); b) Hay una efectiva transmisión de bienes por los deudores a terceros con posterioridad a la generación de la deuda (SS de 7 de abril de 2000; 29 de marzo de 2.001), –con independencia de que en determinados casos cabe ejercitar la rescisión aun siendo la enajenación anterior–; c) Existe perjuicio del acreedor –*eventus damni*– por la falta de solvencia de los deudores y carencia de otro recurso legal para hacer efectivo el crédito –imposibilidad de cobrar–; y, d) Finalmente, concurre el carácter fraudulento de la enajenación por cuanto se trata de una donación, la cual se presume fraudulenta de conformidad con lo establecido en los artículos 643, párrafo segundo, «–se presumirá siempre hecha la donación en fraude de acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella»– y 1.297, párrafo primero, –«se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por vir-

tud de los cuales del deudor enajenare bienes a título gratuito»–, ambos del Código Civil, sin que obste [en el presente asunto] si la presunción es *iuris tantum* (SS de 7 de marzo, 11 de abril y 11 de octubre de 2001), o *iuris et de iure* (SS de 18 de enero de 1991, 16 de febrero de 1993, 19 de septiembre de 2001 y 22 de abril de 2003), porque no hay prueba alguna en contrario de tal apreciación; y, por otra parte, en el caso de donación no es necesario demostrar ningún concierto del donatario con los donantes (S. de 11 de abril de 2001), tanto más si se tienen cuenta las circunstancias del caso (parentesco paterno-filial entre donantes y donatarios, naturaleza de los bienes donados, y el hecho de que el crédito deriva de una póliza de préstamo con garantía personal, respecto de la que es lógico presumir que su concesión contempló la existencia de tales bienes para confiar en poder hacerse efectivo a su vencimiento –S. de 20 de febrero de 2001–).

En virtud de lo razonado deben estimarse en lo sustancial los motivos primero a tercero del recurso, sin que sea necesario analizar el tercero en el particular en que se hace hincapié en que la doctrina de las sentencias de instancia no puede ser aplicable a la esposa porque no se halla en suspensión de pagos ni ha demostrado haber reservado bienes cuando hizo la donación, como tampoco el cuarto y el quinto. La estimación de los citados motivos conlleva la declaración de haber lugar al recurso de casación, con la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida en los términos que dirán en el fallo, y asunción de la instancia (artículo 1715.1.3.º LEC).

En ejercicio de la función de instancia el Tribunal Supremo acuerda: Primero: La revocación de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 26 de noviembre de 1993 en cuanto desestima la acción revocatoria o pauliana ejercitada por el Banco de Alicante SA, manteniéndola en el resto –estimación de la acción de reclamación dineraria y desestimación de la de nulidad por simulación–; Segundo: La estimación parcial de la demanda en el sentido de declarar la rescisión del contrato de donación por haberse otorgado en fraude de acreedores, con la cancelación en su caso de las inscripciones practicadas a favor de los donatarios; sin que proceda hacer la declaración pretendida en el inciso final del suplico de la demanda porque, sin perjuicio de los efectos propios que pueda desplegar la acción ejercitada en armonía con su naturaleza, no cabe hacer pronunciamientos respecto de terceros que no litigaron. Y, Tercero: No se hace especial mención de las costas causadas en las instancias (artículos 523, párrafo segundo, y 710, párrafo segundo, ambos LEC), ni tampoco en las de la casación (artículo 1715.2 LEC). De conformidad con lo establecido en el artículo 1715.3 *a contrario sensu* LEC deberá devolverse el depósito constituido por la parte recurrente en casación.

SUCESIONES

El juicio de capacidad del otorgante de un testamento notarial, efectuado por un Notario, puede ser desvirtuado mediante pruebas contrarias a lo manifestado por dicho fedatario, circunstancia que no concurre en el presente caso.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

Doña María Juana interpuso demanda de menor cuantía contra don Cristóbal y contra doña Fátima, don Agustín y don Gustavo, solicitando se dictase sentencia por la que: 1.º Se declare la nulidad del testamento otorgado con sujeción al derecho civil común, por don Jon en Benicarló, en 15 de diciembre de 1990, ante Notario, don José M.ª Giner Ribera, por falta de capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento. 2.º Se declare que el último testamento válido de don Jon, es el otorgado en Benicarló en 21 de mayo de 1990, ante el Notario don José M.ª Giner Ribera. 3.º Se declare la cancelación de asientos e inscripciones existentes a favor de los demandados, en el supuesto de declararse la nulidad interesada, respecto de aquellas fincas, que correspondan a los legados del testamento nulo, en relación al precedente. 4.º Subsidiariamente, en defecto que no se diera lugar a

los pedimentos anteriores, se declare el derecho de la actora a percibir el complemento del pago de la legítima no cubierta, en la cuantía que se fije en trámite de ejecución de sentencia, previa formación del inventario y liquidación de la sociedad de gananciales, habida entre el causante y doña Fátima; con colación de las donaciones lucrativas, efectuadas por el causante en vida de éste, para computarla en la regularización de las legítimas y en la cuenta de partición; con anotación preventiva sobre los inmuebles legados a los demandados, para garantizar el pago del complemento de la legítima o, presten caución suficiente. 5.º Se condene a los demandados al pago de las costas procesales.

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda y absolviéndoles de la misma e imponiendo las costas del juicio a la parte actora.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Barcelona dictó Sentencia el 10 de noviembre de 1997 estimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 17.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 13 de marzo de 1998 estimando el recurso interpuesto por los demandados y revocando la sentencia: A) Se declara válido el testamento otorgado por don Jon el día 15 de diciembre de 1990, ante el Notario de Benicarló, don José María Giner Ribera. B) Se declara el derecho de la actora a percibir el complemento del pago de la legítima no cubierta en la cuantía que se fije en ejecución de sentencia con base en los parámetros establecidos en el fundamento cuarto de la presente resolución, y C) Sin especial pronunciamiento respecto a la imposición de costas de ambas instancias a alguno de los litigantes, es decir, cada parte satisfará las propias y las comunes por mitad.

⊙ Doña María Juana 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 de la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 22 de junio de 1992 y 22 de noviembre de 1995, que contienen en la reiterada doctrina de esta Sala según la cual el juicio de capacidad del otorgante de un testamento notarial, formulado por el Notario autorizante, puede ser desvirtuado mediante pruebas contrarias a lo manifestado por dicho fedatario. A continuación se hace una nueva valoración de las pruebas obrantes en autos, tendentes a destruir la que ha efectuado la Audiencia, que confirma el juicio del Notario en el testamento litigioso, y es el de que el testador, padre y marido respectivamente, de actores y demandados y madre de todos ellos, se encontraba en su cabal juicio cuando lo otorgó.

El motivo se desestima, pues es evidente su confusión con un alegato de instancia, no es en rigor técnico jurídico un motivo casacional. Esta Sala tiene dicho reiteradamente que este recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia; que su misión es la que asigna el artículo 1.6 CC a la jurisprudencia; y que la valoración de la prueba compete a la instancia, salvo que se alegue y justifique error de derecho que hubiera cometido en esa labor. Por ello, no es de recibo un motivo casacional empeñado, no en la demostración de ningún error de derecho, sino que esta Sala valore de nuevo todo el material probatorio, cuando ya lo ha efectuado la sentencia recurrida, que dedica un amplísimo fundamento jurídico a valorar una por una todas las pruebas obrantes en autos.

Todo el desarrollo del motivo se hace al amparo de dos sentencias de esta Sala, como si hubiesen sentado una nueva doctrina jurisprudencial, cuando en realidad lo que hacen es aplicar la que había mantenido antes de ella, y sigue manteniendo en la actualidad, sobre el juicio de capacidad del testador emitido por el Notario autorizante de su testamento, y lo que ocurre es que aplica esa doctrina en función de los hechos litigiosos que en cada momento juzga. Ello dará lugar a que unas veces –las más numerosas– se confirme aquel juicio de capacidad porque así

se estime por el órgano judicial valorando el material probatorio al efecto, y otras, en cambio, no. Lo que no puede pretenderse es apoyarse en unas u otras para evidenciar variación de la doctrina jurisprudencial. Dijo esta Sala en la Sentencia de 24 de julio de 1995, fundamento jurídico primero: «es doctrina pacífica de esta Sala la que declara que la circunstancia de haberse cumplido todas las formalidades legales no impide que pueda declararse nulo el testamento, si se prueba que el testador no tenía completa su facultad mental o volitiva, (Sentencias 21 de junio de 1969; 8 e marzo de 1972, etc. Y agotando la doctrina jurisprudencial en esta materia, debemos señalar: a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) Que la afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial revista especial relevancia de certidumbre; y d) Que por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia.

Se insiste en la doctrina de esta Sala en que las pruebas contrarias a la aseveración notarial de capacidad han de ser muy cumplidas y convincentes, y estas circunstancias no se dan en modo alguno en el recurso, sólo se expone el juicio personal, e interesado lógicamente, de la actora contrario al del Notario. Esta Sala no puede obviamente invalidar la apreciación probatoria de la instancia, no puede sustituir su juicio por el de ella, no es la finalidad de la casación. No se dice para ello qué norma legal concreta ha vulnerado la valoración exhaustiva que hace la sentencia recurrida de la prueba documental, de confesión testifical y pericial, por lo que el motivo carece en absoluto de fundamento casacional.

El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 1243 CC. En la fundamentación se combate la valoración de la prueba pericial de la sentencia recurrida, que, según la recurrente, no apreció capacidad en su padre para otorgar testamento, y estima ilógicos y contradictorios sus juicios.

El motivo se desestima porque califica de contradictoria y lógica la valoración de la prueba por la Audiencia sólo por no coincidir con la suya en realidad, ya que tal valoración se ha hecho conjuntamente con las demás pruebas, lo cual no se dice por la sentencia recurrida de un modo formulario, sino que en el fundamento de derecho previamente se examinan una a una. Por otra parte, el motivo olvida la constante doctrina jurisprudencial prohibitiva de la impugnación de una prueba aislada (aquí la pericial) de su conjunto probatorio (aquí la pericial). Aunque en hipótesis tuviese razón la recurrente, es claro que quedaría incólume la valoración de todas las demás pruebas, favorables a la capacidad del testador, por no combatirse por error de derecho.

SUCESIONES

Validez del testamento abierto que dejaba sin efecto un testamento anterior, al acreditarse que en el momento de su otorgamiento la testadora estaba asistida de la capacidad necesaria aun cuando la misma estaba afectada por una demencia tipo Alzheimer ya que por el grado en que se encontraba la enfermedad el Notario la consideró capaz.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

Don Íñigo y doña Antonieta interpusieron demanda de menor cuantía contra don Rodrigo en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicaron: «Que teniendo por presentado este escrito, junto con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlos, me tenga por personada y parte en nombre de quien comparezco, tenga por formulada Demanda sobre Impugnación de Testamento, emplazando a los demandados a fin de que conteste a la demanda si a su derecho

conviniere, y previos los trámites legales oportunos, incluido el recibimiento a prueba que desde este momento dejo interesado, en su día dicte sentencia, por la que estimando íntegramente la demanda, se declare: 1.º Que el testamento otorgado por doña Mariana, en fecha 2 de mayo de 1986 ante el Notario de Oviedo, don Javier Piñeiro Lebrero es ineficaz y nulo de pleno derecho. 2.º Que en consecuencia, se declare válido y plenamente eficaz el testamento otorgado por la citada doña Mariana en fecha 9 de mayo de 1977 ante el Notario de Oviedo, don Enrique de Linares y López-Dóriga, con el número ochocientos sesenta de su Protocolo, en el que instituye herederos por partes iguales a sus tres hijos, don Íñigo, don Rodrigo y doña Antonieta, condenando al demandado a estar y pasar por dichas declaraciones, así como a realizar todos aquellos actos necesarios para la efectividad de la Sentencia, comunicándola, una vez que sea firme, a la Notaría de don Javier Piñeiro Lebrero y al Registro de Actos de Última Voluntad, a fin de que se haga constar en forma el vicio de nulidad de que adolece el referido testamento, todo ello con expresa imposición de costas al demandado».

- Don Rodrigo se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso a medio de las razones de hecho y de derecho que alegó y terminó suplicando «Tener por contestada, en tiempo y forma, la demanda producida de adverso en nombre de don Rodrigo, quien se opone a la misma en los términos expuestos; seguir el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, dictar sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y se impongan todas las costas causadas a los actores».

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Oviedo dictó Sentencia el 20 de enero de 1997 estimando la demanda

- En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia el 16 de marzo de 1998, estimando el recurso de apelación interpuesto por don Rodrigo y desestimando la demanda.

- Don Íñigo y doña Antonieta interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Consideran los recurrentes como infringidos los artículos 662, 663.2, 666, 695, 200 y 6.3 del Código Civil, concretando la impugnación casacional a que la testadora (madre de los litigantes), en el momento de otorgar el testamento de abierto 2 de mayo de 1986 no estaba asistida de la capacidad necesaria –cabal juicio según el artículo 663.2.º, en relación al 200 del Código Civil– en el momento de otorgar testamento, por padecer demencia senil.

El Tribunal de Instancia sentó la conclusión decisoria de que doña Mariana en el momento de llevar a cabo la disposición de su última voluntad no padecía limitación severa de su capacidad para realizar tal acto jurídico, y que alcanzó tras la interpretación y valoración de las pruebas, con especial apreciación de las periciales, para poner de relieve que la testadora (nacida el 21 de agosto de 1907), a partir del año 1977 comenzó a padecer trastornos afectivos, negativismo y agitaciones, lo que motivó su ingreso en la Clínica San Rafael (del 31 de diciembre de 1977 al 18 de enero de 1978), siendo diagnosticada en 1982 de sufrir síndrome depresivo angustioso involutivo y, a su vez, también permaneció ingresada del 4 al 13 de diciembre de 1982, en el Hospital Psiquiátrico Regional, por afectarle síntomas de demencia senil, dando constancia que la última revisión médica había tenido lugar el 28 de junio de 1983, por lo que se ha producido un vacío de información clínica desde entonces hasta la fecha del testamento (2 de mayo de 1986), que constatase el proceso evolutivo de la enfermedad hasta desencadenar una incapacidad que le imposibilitaría testar, y dicho vacío no lo han cubierto las pruebas periciales médicas obrantes.El Tribunal de Instancia, tuvo en cuenta y analizó la suministrada por el perito judicial doctor César, –que en principio y substancialmente

mostró su acuerdo con las del Dr. Isidro– (prueba preconstituida, aportada con la demanda) y señaló que la patología básica de la testadora era demencia de tipo Alzheimer vascular o mixta y sus síntomas son principalmente intelectuales (amnesia, afaxia y apraxia), pero no podía aportar certeza de su estado en la época que testó y los síntomas de la enfermedad de continuar el proceso que venía padeciendo, debería de haberlos apreciado el Notario otorgante, por lo que no podía establecer la posibilidad de que estuviera muy mal, sin aportar conclusiones definitivas y sólo conjeturas e hipótesis, por lo que se trata de un informe dubitativo al sentar sólo suposiciones y no hechos concluyentes respecto a que la testadora estuviera efectivamente demenciada.

Los recurrentes lo que llevan a cabo es examen total de las pruebas, en especial las periciales, lo que está vedado en casación, al no haber aportado error de derecho que permita su revisión, ya que la censura casacional sólo opera cuando las conclusiones obtenidas por el Tribunal lo han sido al margen del material probatorio, se presentan ilógicas, dotadas de incoherencia entre sí, absurdas o disparatadas (Sentencias de 10 de julio de 1992, 28 de abril de 1993, 10 de marzo de 1994, 26 de abril de 1995 y 17 de mayo de 1995) lo que aquí no ocurrió.

También ha de tenerse en cuenta que era carga probatoria de los recurrentes demostrar que al tiempo de testar o al menos en períodos inmediatos, se había producido una agravación de la enfermedad, que evidenciaría su incapacidad en el preciso momento de hacer la declaración testamentaria. La capacidad del testador ha de destruirse con severidad precisa, acreditando que estaba aquejado de insania mental con evidentes y concretas pruebas (Sentencia de 8 de junio de 1994), ya que juega a su favor la presunción de capacidad establecida en el artículo 662, presunción calificada con el rango de fuerte presunción en la Sentencia de 22 de junio de 1992, no obstante admite que pueda destruirse mediante pruebas cumplidas y convincentes demostrativas de que en el acto de la disposición testamentaria la testadora no se hallaba en su cabal juicio, lo que aquí no ha ocurrido, pues, continúa declarando la sentencia referida, que resulta erróneo el intento de la parte recurrente de transmutar la prueba pericial en prueba de presunciones para acomodar la impugnación a las pautas jurisprudenciales elaboradas respecto al artículo 666 y concordantes, ya que la prueba pericial ha de ser apreciada con arreglo a la sana crítica, conforme al artículo procesal 632. Esta doctrina se mantiene en forma reiterada desde antiguas sentencias de 25 de abril de 1959, 7 de octubre de 1982, 26 de septiembre de 1988), precisando la de 20 de febrero de 1975, que cuando los juzgadores de instancia aprecian que la prueba pericial no contaba con la fuerza inequívoca que exige la jurisprudencia, vinieron a actuar dentro de los límites de sus facultades y se atemperaron a las verdaderas exégesis que sobre la presunción general de capacidad tiene establecida la doctrina legal, por lo que la conclusión es acertada e impone tener en cuenta que tratándose de diagnóstico psiquiátrico retrospectivo, no es suficiente para acreditar la incapacidad de la testadora de referencia.

Las sentencias mas recientes se mantienen en la misma línea doctrinal (10 de febrero y 8 de junio de 1994, 26 de qabril de 1995, 27 de noviembre de 1995, 27 de enero de 1998 y 19 de septiembre de 1998), insistiendo en que la prueba de incapacidad mental del testador es de cargo del que promueve la nulidad del testamento.

Tampoco ha de dejarse de lado que se trata de un testamento abierto otorgado ante Notario y a tales efectos el artículo 685 del Código Civil (reformado por Ley de 20 de diciembre de 1991) obliga al fedatario «asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», toda vez que la aseveración notarial revista relevancia ya que le impone observar una extremada atención, consecuente del contacto directo y personal con el otorgante, pues el artículo 685 resulta imperativo en cuanto declara «deberá el Notario asegurarse» y el juicio de capacidad que emite es propio y personal, que no se apoye en especialistas como es el supuesto del artículo 665 (Sentencia de 19 de septiembre de 1998). La referida constatación de capacidad conforma presunción *iuris tantum*, susceptible de destruir mediante prueba en contrario, prueba que ha de suministrar la parte que interesa la nulidad del testamento y aquí, aunque sea repitiendo, no se aportó, atendiendo al *factum* que el Tribunal de Apelación estableció como probado y conforme a la doctrina de las Sentencias de 24 de julio de 1995, 27 de noviembre de 1995, 27 de enero de 1998 y 12 de mayo de 1998.

Carácter común del inmueble adquirido mientras regía entre los cónyuges el régimen de separación de bienes ya que con posterioridad otorgaron capitulaciones matrimoniales acogiendo el régimen de comunidad de bienes y dando carácter común a cuantos hubiesen adquirido hasta ese momento, siendo indiferente la procedencia del dinero con el que se abonó el inmueble.

TSJ DE ARAGÓN, SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Serrano Bonafonte

ANÁLISIS DEL CASO

Doña Marina y don Jesús Manuel contrajeron matrimonio canónico en Cella (Teruel) el día 4 de octubre de 1980. Con anterioridad a la celebración, en concreto el día 22 de septiembre de 1980, otorgaron capítulos matrimoniales de separación de bienes, pactando la más absoluta separación.

El 7 de agosto de 1996 firmaron escritura de rescisión de dichos capítulos dando al pacto efectos retroactivos, conviniendo que para el futuro el régimen económico del matrimonio fuese el de comunidad de bienes o legal de Aragón, pactando entre otras cuestiones la siguiente: «Que, de mutuo y completo acuerdo, revocan y dejan sin ningún valor ni efecto todo lo pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales, autorizada en 22 de septiembre de 1980 por el Notario que fue de Zaragoza, Sr. Pazos, bajo el núm. 727, deseando expresamente que en lo sucesivo su régimen económico matrimonial sea el de comunidad de bienes o legal de Aragón; y que se reconocen mutua y recíprocamente el derecho expectante de viudedad foral, conforme a lo pactado en el número 1 del artículo 72 de la vigente Compilación del Derecho Foral de Aragón. Asimismo, y para mayor claridad hacen constar que reconocen el carácter de bienes comunes a cuantos hayan podido adquirir cualquiera de los cónyuges hasta el día de hoy, y los que adquieran en lo sucesivo, por título oneroso».

Afirmando que dicho instrumento fue otorgado bajo coacciones y amenazas, el 4 de julio de 1999 Dª Marina dedujo la demanda de menor cuantía contra don Jesús Manuel solicitando que se dicte declarando la nulidad de la escritura de rescisión de capítulos matrimoniales otorgada en fecha 7 de agosto de 1996 y para el supuesto de su desestimación, declare que el piso ... corresponderá pro indiviso a la sociedad consorcial y a la demandante con carácter privativo, en una proporción del 44,3% y 55,7%, respectivamente. Según relata en ella tales coacciones y amenazas consistieron en que su esposo, don Jesús Manuel, con ocasión de un viaje que la familia realizó a Jordania en junio de 1996, impidió que los hijos salieran de aquel país, poniendo como condición para autorizar su salida que Dª Marina anulara los capítulos matrimoniales de 1980, viéndose obligada a prometerle que así lo haría cuando los hijos estuviesen en España.

Emplazado el demandado compareció en las actuaciones contestando a la demanda, oponiéndose a la misma y formulando reconvención solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales y

se declare que el inventario de bienes de dicha sociedad disuelta por sentencia de separación se compone de todos y cada uno de los enumerados en la demanda reconvencional a los que habrá que sumar, si los hubiere, los que pudieran existir sin conocimiento del demandado y se proceda al reparto de los mismos al 50% entre ambos cónyuges. don Jesús Manuel se opuso a la pretensión de la actora asegurando que no hubo coacciones ni amenazas, que todo obedecía a una invención de su esposa, y que la firma de los nuevos capítulos matrimoniales no fue debida ni a coacciones ni amenazas, sino que ambos siempre pensaron que el piso en cuestión era de los dos porque los dos, y sobre todo él, habían contribuido a su adquisición, sin que sus suegros, carentes de fortuna, ayudaran a la compra.

⊙ Dado traslado de la reconvención a la parte demandante, ésta interpuso recurso de reposición contra la resolución por la que se tenía por formulada reconvención, por falta de competencia del Juzgado para conocer de tal demanda reconvencional, acordando remitir los autos al Juzgado Decano para su posterior reparto a los Juzgados de Familia; la parte reconviniente impugnó el recurso, y por Auto de 6 de septiembre de 1999 se acordó, dando lugar al recurso de reposición, no admitir la reconvención formulada y señalar para la comparecencia establecida en la Ley.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza dictó Sentencia el 25 de febrero de 2000 estimando la demanda formulada por doña Marina y declarando que corresponde pro indiviso a la sociedad consorcial y a la actora con carácter privativo, en una proporción del 44,3% y 55,7%, respectivamente, el piso sito en ... y declarando la nulidad de la inscripción registral que se oponga a la declaración de la propiedad mencionada y en cuanto exprese un carácter ganancial, con imposición de costas a la parte demandada. El Juzgado consideró que no se había acreditado el vicio de consentimiento alegado por la actora, pues habiendo regresado los hijos de Jordania el día 28 de julio de 1996, la escritura ahora atacada no se otorgó sino hasta el día 7 de agosto siguiente, por lo que no apreció la concurrencia en su firma de un mal inminente y grave, dando consecuentemente plena validez a tal escritura, y de acuerdo con la petición subsidiaria de la demanda declaró que el piso objeto de litigio «corresponde pro indiviso a la sociedad consorcial y a la actora con carácter privativo, en una proporción del 44,3% y 55,7%, respectivamente».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª, de la AP de Zaragoza dictó Sentencia el 31 de octubre de 2000 estimando interpuesto por don Jesús Manuel y desestimando la demanda entablada por doña Marina contra don Jesús Manuel, absolvemos a éste de las pretensiones en su contra ejercitadas, sin costas en ninguna de las dos instancias.

⊙ Doña Marina interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncia la recurrente la infracción por violación de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, ya que entiende que los términos de la escritura en la que se pactó el régimen legal de Aragón «son claros: decidieron dejar sin efecto su régimen económico de separación de bienes; pactar a partir de entonces régimen económico consorcial aragonés y otorgar a dicho pacto efectos retroactivos (conforme posibilita la Compilación aragonesa del Derecho Civil y «para mayor claridad» concretan que son consorciales todos los bienes por ellos adquiridos a título oneroso tras la celebración del matrimonio». Partiendo de esta postura considera que la interpretación que hace la sentencia de la Audiencia es «claramente errónea» al considerar que pactaron hacer comunes los bienes adquiridos por cualquier título, incluyendo el dinero donado por los padres de la esposa a ésta.

El TSJ de Aragón hace algunas precisiones con respecto a la articulación del motivo.

En primer lugar no debe olvidarse que la interpretación de los contratos es función que corresponde en exclusiva al Tribunal de instancia, sin que quepa posibilidad de revisarla en casación, a no ser que resulte ilógica, absurda o contraria a derecho. Basta la cita de Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1999 y 20 de enero de 2000.

También resulta obligado recordar que no pueden mezclarse los dos párrafos del artículo 1281 porque contienen una regla interpretativa diferente, de suerte tal que su párrafo segundo ha de citarse como infringido en un motivo autónomo, poniéndolo en relación con el artículo 1282 (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo y 28 de septiembre de 2000), y que la investigación de la intención de las partes tan sólo cabe, de conformidad con el artículo 1281.2, si parecieren contrarias a tal intención las palabras expresadas; así lo enseñan, entre otras muchas, las Sentencias de 28 de diciembre de 1982 y 19 de septiembre de 2000.

Se impone pues el examen de lo pactado en la escritura de referencia.

En ella convinieron «de mutuo y completo acuerdo» la revocación de los Capítulos de separación de bienes de 22 de septiembre de 1980 y pactaron para lo sucesivo que su régimen económico matrimonial fuera el de comunidad de bienes o legal de Aragón. También dijeron: «Asimismo, y para mayor claridad hacen constar que reconocen el carácter de bienes comunes a cuantos hayan podido adquirir cualquiera de los cónyuges hasta el día de hoy, y los que adquieran en lo sucesivo, por título oneroso». Nada dijeron sobre la procedencia del dinero.

Resulta meridianamente claro que la Audiencia no interpretó erróneamente lo convenido, pues de su literalidad resulta: a) que el régimen pactado es el legal de Aragón; b) que reconocen como comunes todos los bienes que cualquiera de los cónyuges hubiera adquirido hasta la firma de la escritura («hasta el día de hoy», dijeron) y los que en lo sucesivo adquiera a título oneroso, y c) que solamente serán privativos los que en adelante pueda adquirir a título lucrativo.

Por tanto, la interpretación que hizo la Audiencia es correcta y ha de ser mantenida pues el piso objeto de este pleito, por voluntad de las partes, y con independencia de la procedencia del dinero –cuestión esta que no puede ser objeto de examen en este recurso– pasó a ser bien común. El motivo se desestima.

Entiende la parte recurrente en otro de los motivos del recurso que al fundamentar la Audiencia su fallo en el artículo 1355 del Código Civil incurre en infracción por su indebida aplicación porque, según sostiene, en este caso lo que se ha producido es «un cambio de régimen económico, de separación a comunidad consorcial aragonés, cambio al que los cónyuges atribuyen efectos retroactivos, como si desde el principio hubieran pactado este último régimen y dicen que, para mayor claridad, consideran comunes todos los bienes adquiridos por ellos a título oneroso desde la fecha de celebración del matrimonio. Su pacto no consiste en atribuir condición consorcial a bienes adquiridos a título lucrativo y por eso no es de aplicación el artículo 1355 del Código Civil».

El motivo carece de base. Los bienes y derechos que pertenecen a un cónyuge cuando comienza la comunidad de gananciales son privativos del mismo, según deriva de su propio concepto y expresa el núm. 1 del artículo 1346 del Código Civil, pero apareciendo que «de mutuo y completo acuerdo» don Jesús Manuel y doña Marina revocaron sus capítulos de separación, y reconocieron el carácter de bienes comunes a cuantos pudieron haber adquirido hasta la firma de los nuevos capítulos y a los que en lo sucesivo puedan adquirir en adelante, a título oneroso, es visto que el Tribunal sentenciador no ha cometido la infracción denunciada y que la recurrente no interpreta correctamente lo convenido, pues olvida que en Aragón no cabe hablar de comunidad de gananciales sino de comunidad consorcial. El motivo se desestima.

El motivo tercero denuncia infracción por inaplicación del artículo 1347.3 del Código Civil, cuyo contenido establece que son bienes gananciales «los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos». Refiere la recurrente que quedó probado en la primera instancia, «sin que se haya modificado el relato de hechos probados de la misma» que el 55,7% se pagó con dinero donado por los padres de su mandante y afirma: «resuelve la sentencia recurrida que el piso adquirido por mi representada, en parte con dinero suyo y en parte con dinero donado de sus padres, es común».

No es así. Hay que recordar que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación obliga a tener en cuenta, que no es una tercera instancia, cual si de nueva apelación se tratara donde quepa plantear todo tipo de cuestiones, y que este especial recurso se da contra la sentencia de la Audiencia, sin que al recurrente le sea dado confrontar ésta con la de primera instancia. Desde el momento en que la parte recurrente se está refiriendo a lo que el Juzgado consideró probado, sin tener en cuenta que la Audiencia Provincial no aceptó los fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, está incurriendo en una evidente infracción de técnica casacional, cuando, además, no ha articulado motivo alguno tendente a demostrar que la resolución recurrida había incidido en alguna clase de error. Pero en el fondo, tampoco el motivo puede sostenerse pues no fue la sentencia de la Audiencia la que resolvió que el piso era común, sino los cónyuges, quienes al suscribir la escritura de 7 de agosto de 1996 quisieron expresamente darle

tal carácter, por lo que no se entiende la infracción denunciada. El motivo perece.

En un último motivo –el cuarto– se denuncia violación por inaplicación del artículo 1354 en relación con el artículo 1346.2 del Código Civil, así como del artículo 38 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y en el desarrollo del motivo aún se refiere al artículo 39 de la Compilación. La defectuosa formulación del motivo hubiera sido suficiente para no superar la fase de admisión, puesto que no es correcto agrupar cuatro preceptos en un solo motivo, máxime cuando se mezclan normas de derecho especial de esta Comunidad Autónoma con preceptos del Código Civil, que únicamente serían de aplicación subsidiaria a falta de norma expresa aragonesa, si bien en aras a la tutela judicial efectiva se entra en el examen del motivo, para su desestimación. Cual sucediera en el motivo anterior –en realidad en todo el recurso– la recurrente sostiene que el piso fue pagado en parte por la esposa y en parte con el dinero que sus padres le entregaron, estando vigente la separación de bienes, de donde concluye que en lo referente al piso el nuevo pacto sobre régimen consorcial aragonés, transformó «en consorcial o ganancial la parte adquirida por la esposa a título oneroso, pero no la adquirida a título lucrativo (con dinero de sus padres)». Sin embargo la Audiencia, interpretando con absoluta corrección la escritura de 7 de agosto de 1996, como se ha declarado en el fundamento tercero, consideró ociosa toda reflexión sobre las aportaciones realizadas por uno u otro cónyuge, porque declaró, con referencia a dicha escritura, que: «El contenido de tal escritura no puede ser más claro y contundente, pues en su primera parte los otorgantes revocan y dejan sin efecto aquella anterior escritura por lo que pactaban el régimen de separación, bajo cuyo mandato el piso en cuestión fue comprado, para seguir diciendo que en lo sucesivo el régimen adoptado será el de comunidad, y terminar con la rotunda e inequívoca afirmación de que reconocen el carácter de bienes comunes a todos los que hayan podido adquirir los cónyuges hasta la fecha de otorgamiento de esta escritura, en la que por fuerza ha de comprenderse el piso repetido, cualquiera que pudiera haber sido la procedencia del dinero con el que éste hubiere sido satisfecho, sobre el que en consideración a tan definitiva expresión se hace innecesario todo razonamiento». No se han producido las violaciones denunciadas que sólo serían sostenibles si los planteamientos de la recurrente fueran correctos, pero en esta ocasión, cual sucediera en el motivo anterior hace supuesto de la cuestión al presentar unos hechos que no se corresponden con lo realmente probado, y con olvido constante de que en Aragón los cónyuges, en cualquier momento, pueden pactar lo que estimen oportuno en orden al régimen económico de su matrimonio, por lo que el motivo no puede prosperar.

No procede conceder la indemnización del artículo 1438 del CC ya que la misma no existe en el Fuero de Navarra y, por otro lado, la contribución de la esposa no supuso una sobreaportación al sostenimiento de las cargas familiares.

TSJ DE NAVARRA, SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Alfonso Otero Pedrouzo

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Dª. Soledad interpuso demanda de separación conyugal contra don Luis Pedro solicitando que se dictase sentencia dando lugar a la separación conyugal que determine como medidas o efectos derivados de la misma lo siguiente: «a) La separación matrimonial de don Luis Pedro y doña Soledad: b) Uso de la vivienda sita en ... a favor de doña Soledad, por haberlo pactado y ser la última vivienda familiar; c) Se reconozca pensión de desequilibrio económico a favor de doña Soledad en la cantidad de 902 euros; d) La indemnización del artículo 1438 del CC en 180.304 euros a favor de la esposa por parte del esposo; e) Se decrete separación y liquidación de la sociedad conyugal».

⊙ El esposo se personó en autos y se opuso a la demanda solicitando que se dictase sentencia decretando la separación, atribuyendo el uso de la vivienda sita en la dirección núm. 004 a favor de doña Soledad, y en cuanto a las pretensiones económicas que se postulan en la demanda, se solicita

su desestimación y, en todo caso de forma estrictamente subsidiaria, la atribución a la esposa de una pensión por desequilibrio económico de 50.000 pesetas mensuales.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pamplona dictó Sentencia el 8 de enero de 2003 estimando parcialmente la demanda, declarando la separación matrimonial de los litigantes respecto al matrimonio celebrado en Lodosa (Navarra) el 25 de septiembre de 1971, con los efectos inherentes a dicha declaración y la adopción de las siguientes medidas: Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda sita en la dirección 004 de esta capital a la esposa. El esposo abonará en concepto de pensión por desequilibrio para su esposa la cantidad mensual de 600 euros que se ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la esposa designe y se revalorizará en enero de cada año de conformidad con el IPC que publique el INE u organismo que legalmente le sustituya. No ha lugar a establecer indemnización compensatoria a favor de la esposa. No ha lugar a hacer expresa condena en costas.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Navarra dictó Sentencia el 31 de julio de 2003 desestimando el recurso interpuesto por doña Soledad.

⊙ Doña Soledad interpuso recurso ante el TSJ de Navarra que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Hechos alegados por la esposa en apoyo de su pretensión indemnizatoria del artículo 1438 del CC.

La demandante y el demandado contrajeron matrimonio canónico con plenos efectos civiles el día 25 de septiembre de 1971 en Lodosa (Navarra). De dicho matrimonio han nacido y viven 2 hijos. En el momento en que la demandante contrajo matrimonio dejó de trabajar para dedicarse al cuidado de la casa y de los hijos. El demandado plantea a la esposa que quiere independizarse y dejar de trabajar por cuenta ajena, decisión que apoya ésta y montan un negocio de instalación y montaje de aire acondicionado en locales, naves y oficinas montando el despacho en el domicilio que atiende la actora y a los clientes fuera de casa el esposo. Debido a que el clima de Vizcaya no era el más adecuado para prosperar el negocio, hace 23 años decidieron trasladarse a vivir a Pamplona lo que supuso un cambio muy duro para su mandante creándole una crisis de soledad, por lo que decidió matricularse en la carrera de Psicología en la UNED. En 1982 se produce un accidente en la empresa en el cual fallece un operario y aconsejada por un profesional, el matrimonio pacta un régimen de separación de bienes con capitulaciones matrimoniales en fecha 2 de febrero de 1982 por el cual, la Sra. Soledad se adjudica la vivienda sita en la C) dirección 000 y el Sr. Luis Pedro se adjudica el negocio. En 1985 deciden vender vivienda de dirección 000 (con carácter privativo de la demandante) y se adquiere la vivienda de dirección 001. En 1987 para proteger el patrimonio le hace una donación de la mitad de la casa de dirección 001 que estaba a nombre del esposo a favor de doña Soledad ya que el pago de esa compra se había efectuado con la venta del piso de dirección 000 (privativo de la esposa) y de un crédito. Durante el tiempo que convivió el matrimonio en dirección001, el esposo se dedica a hacer una vida social activa y en ese momento la madre del demandado contrae la enfermedad de Alzheimer y se traslada a vivir junto a ellos, haciéndose cargo de su cuidado y atención la actora. Toda esta situación le lleva a trabajar en la casa, cuidar de la abuela, de los hijos y de la oficina en Pamplona del negocio y atender todo lo referente al domicilio, etc. La madre del esposo falleció heredando éste la cantidad de 8.000.000 pesetas que fueron invertidas en un piso el la C) dirección 002 poniendo el resto del dinero el matrimonio. La demandante consintió en inscribir dicha vivienda 2/3 partes a nombre del esposo y 1/3 a nombre de ella aunque ésa no fue la realidad puesto que costó 26.000.000 de pesetas y 5.000.000 de pesetas de reparación y los 8.000.000 de pesetas privativos no constituían las 2/3 partes. En 1997 venden la vivienda de dirección 001 en 85.000.000 de pesetas y con esa cantidad cancelan créditos privativos del esposo que correspondían a su negocio y adquieren una vivienda en la C) dirección 003 (que ponen a nombre de los dos pero que es comprada con dinero privativo de la demandante) En 1999, el matrimonio adquiere un apartamento en la C) dirección 005 con los 5.000.000 de pesetas que le quedan de la venta de dirección 001

y un crédito inscribiéndolo a nombre de los dos por mitad. El matrimonio decide posteriormente vender el piso de la C) dirección 003 adquiriendo una vivienda en la C) dirección004 también a nombre de los dos. Con el importe de dicha vivienda liquidan además el crédito de la vivienda de dirección 005 y dirección 002 y el resto se reparte al 50%. En el presente caso y teniendo en cuenta las circunstancias y el reparto económico de separación de bienes, esta parte solicita la indemnización a que se refiere el artículo 1438 del Código Civil por darse las dos premisas exigidas en el mismo: 1.ª la extinción del régimen de separación de bienes, lo que se produce como consecuencia de decretarse la separación matrimonial y la 2ª la dedicación de la esposa al trabajo de la casa lo que ya se ha acreditado anteriormente. Asimismo, la Jurisprudencia entiende que la indemnización contemplada en el artículo 1438 del CC es compatible con la pensión compensatoria del artículo 97 del CC por entender que la indemnización del artículo 1438 es el pasado, tiende a compensar desequilibrios pasados y corrige una situación de desigualdad patrimonial surgida durante el matrimonio y el artículo 97 tiende a eliminar los desequilibrios futuros surgidos por la separación. No hay que olvidar que ha existido el enriquecimiento de uno a través del esfuerzo del otro. En este sentido se puede decir que la esposa en la separación de bienes vende el bien privativo que constituyó la vivienda familiar beneficiándose posteriormente el esposo por haberse escriturado los nuevos bienes que se adquieren a nombre de los dos. Por el contrario, el esposo en el negocio del que ha sido titular, se ha beneficiado del trabajo que ha efectuado la esposa en el hogar, incluso en el propio negocio. La esposa durante los años que ha trabajado en el negocio y para el esposo, no estaba de alta en la seguridad social, ni ha cotizado en ningún momento con lo que nos encontramos que en estos momentos no tiene trabajo y que carece de todo tipo de bienes e ingresos. En estos momentos y por pacto verbal la Sra. Soledad vive en la vivienda de dirección 004; la vivienda de dirección 005 está alquilada y el alquiler, 70.000 pesetas lo está cobrando la esposa y del alquiler de la vivienda de dirección 002 de 117.000 pesetas 1/3 lo percibe la esposa y 2/3 el esposo. Asimismo, el demandado le ha defraudado a la actora la cantidad de 4.000.000 de pesetas como consecuencia de su buena fe al cargarle en su cuenta bancaria unas letras referidas al negocio del esposo. A su mandante le consta que el demandado ha recuperado el dinero sin que le haya devuelto esa cantidad a la Sra. Soledad.

2. Alegaciones del esposo oponiéndose a la pretensión de la esposa.

En ningún momento la demandante ha estado esclava de la casa ya que siempre ha tenido una persona que de 9h a 13,30 h se ha ocupado de la limpieza. De ello se desprende que la propia demandante, al margen de la atención liviana de la oficina dispusiera de tiempo más que suficiente para atender sus estudios. La separación de bienes no tuvo ninguna motivación relacionada con el fallecimiento de un operario sino que fue un acuerdo de voluntades entre los cónyuges. La Sra. Soledad también olvida que el primitivo patrimonio familiar parte de una vivienda privativa de su mandante en Algorta con la que posteriormente se compra el piso de dirección 000 que posteriormente se adjudicará la esposa como bien privativo. Con el paso de los años, el matrimonio ha ido adquiriendo una serie de inmuebles cuya inversión ha sido sufragada por el único ingreso existente en el matrimonio que es el del negocio del aire acondicionado en el que no hay que desdeñar la labor de su esposa, si bien ésta ha sido de apoyo y de manera circunstancial. Nos sorprende igualmente que se diga por la esposa en su demanda que no estaba dada de alta en la seguridad social debido a que el demandado no colaboró a tal situación, cuando el alta en la seguridad social, en este caso en el régimen de autónomos, sería una decisión absolutamente personal de la actora. No es entendible igualmente que la actora diga que atendía permanentemente a la madre del demandado enferma de Alzheimer ya que ésta disponía de una persona diariamente para su cuidado y en los últimos tiempos, debido a la propia insistencia de la actora tuvo que ingresar en un centro de Olazagutía. En cuanto a la atribución de los bienes es preciso exponer las siguientes consideraciones: A) Por la venta de la vivienda ubicada en la C) dirección 003, la demandante percibió en metálico 29.000.000 de pesetas y el demandado, 21.000.000 de ptas. B) La demandante lleva percibiendo durante aproximadamente cuatro años el importe íntegro del alquiler de la vivienda de dirección002. C) Que además percibe el importe íntegro del alquiler de la vivienda de la C) dirección 005. D) Que en consecuencia con lo anteriormente expuesto, la adquisición del patrimonio existente ha venido sufragado desde el principio por un bien privativo del esposo y después por el funcionamiento del negocio, amén de importantes ayudas económicas que en momentos puntuales aportó la madre del demandado. E) Que, en base a todo ello y sin desdeñar el apoyo que la esposa ha prestado tanto a la atención y cuidado de la casa como al negocio, éstos no guardan correspondencia con las pensiones económicas que se postulan en la demanda. F) Que esta parte, no es ajena a la situación de desequilibrio que supone la separación o el divorcio del matrimonio por lo que se han formulado propuestas económicas a la contraparte antes del inicio del presente procedimiento, que han sido totalmente rechazadas. Por último es de reseñar en cuanto a la letra de 4.000.000 de pesetas a que se alude de contrario, que se trata de una letra que se entregó por el importe de una factura en pago de un trabajo realizado por el demandado, que se descontó en el banco pero que, posteriormente, fue incobrada

a su vencimiento cargándose en cuenta, por lo que dicho cobro fue del y para el negocio y por el propio funcionamiento del mismo.

3. Razonamiento jurídico del TSJ de Navarra para desestimar el recurso de casación.

El presente recurso de casación foral 56/2003 tiene un único motivo y posee un alcance estrictamente jurídico. En efecto, en el juicio del que deriva esta casación se ha declarado la separación matrimonial de los litigantes, se ha atribuido a la esposa/recurrente el uso y disfrute de la vivienda familiar y se ha decretado que el marido/recurrido abone a su mujer la cantidad mensual de 600 euros en concepto de pensión por desequilibrio, pronunciamientos todos ya pacíficos en este estado del pleito que nos ocupa. Lo único que se discute aquí y ahora –y lo único que se debatió en la apelación– es si la recurrente tiene o no derecho a la compensación económica que, con base en el artículo 1438 del Código Civil, solicitó en su demanda rectora y en su recurso de apelación.

La sentencia de la Audiencia Provincial recurrida aquí en casación rechaza esta concreta pretensión alegando, de un lado, que el derecho navarro, que es el aplicable, no contempla semejante compensación y, de otra parte, que la actora no ha probado «una sobreaportación al sostenimiento de las cargas familiares que justifique un derecho al reembolso».

Justamente, la cita de ese artículo 1438 CC –sobre el que no ha recaído verdadera jurisprudencia del Tribunal Supremo– merece alguna reflexión previa, pues, recalcamos, esta pretensión de la esposa se planteó en primera y segunda instancia bajo la exclusiva cobertura de tal precepto. Y ahora, en este recurso, se citan como infringidos tanto dicho artículo del Código Civil como la Ley 103 del Fuero Nuevo, normas ambas que disciplinan el régimen de separación de bienes, que es el que regía el matrimonio de los litigantes. Y así, mientras el artículo 1438 CC establece que «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación», la Ley 103 FN señala: «... b) Sostenimiento de cargas familiares.– Respecto al sostenimiento y atenciones de la familia, se estará a lo pactado en las capitulaciones; en su defecto, cada cónyuge puede exigir del otro que contribuya en proporción a sus ingresos y, si no los tuviere o fueran insuficientes, a sus bienes. Este derecho es personalísimo e intransmisible, pero los herederos podrán continuar el ejercicio de la acción si el causante hubiere interpuesto la demanda. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá computarse el trabajo en el hogar familiar de cualquiera de los cónyuges».

Una primera aproximación al problema debatido nos lleva ya a rechazar la aplicación del señalado artículo 1438 CC. En efecto, es dato pacífico que ambos cónyuges gozan de la vecindad civil navarra, luego, al amparo de los artículos 16, 9.2 y 107 CC, es aplicable la legislación navarra, y en concreto su Compilación, *ex* Ley 2 FN. Así las cosas, debe proyectarse sobre el supuesto que nos ocupa la meritada Ley 103 FN, que contiene una regulación del régimen de separación de bienes en la que, aparentemente, no se contempla la compensación que sí prevé expresamente el artículo 1438 CC.

En efecto, mientras en el Código Civil «el trabajo para la casa», en el régimen de separación de bienes, tanto se computa para contribuir a las cargas del matrimonio como puede dar derecho a la controvertida compensación, en la dicción literal del Fuero Nuevo «el trabajo en el hogar familiar» únicamente se computa para el «sostenimiento de cargas familiares»: así se desprende sin dificultad de una interpretación puramente literal de uno y otro precepto.

En el ámbito de otras legislaciones forales, podemos señalar que mientras la aragonesa tampoco prevé esta compensación en la reciente Ley 2/2003, sí lo hace el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña (aprobado por Ley 9/1998): *vid.* así las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJ de Cataluña) de, entre otras, 27 de abril de 2000–que, por cierto, sienta su compatibilidad con la pensión compensatoria–, 10 de febrero de 2003 y 14 de abril de 2003. Es decir, tanto el Código Civil como el Código de Familia de Cataluña establecen una norma de liquidación de bienes «a la extinción del régimen de separación» (legislación común), o en casos de crisis del matrimonio (Cataluña): como dice la aludida sentencia del TSJ de Cataluña de 27 de abril de 2000, «es un elemento corrector... para salvar la desigualdad patrimonial... al disolverse el régimen económico matrimonial de separación de bienes por sentencia de separación judicial, nulidad o divorcio...»; en cambio, insistimos, la Compilación Navarra no establece específicamente esta norma liquidatoria al regular la separación de bienes.

Así las cosas, el tema que se plantea es si debemos acudir al régimen del Código Civil en su calidad de derecho supletorio, *ex* Ley 6 FN, o si, por el contrario, la propia Compilación Navarra ofrece cauces suficientes para resolver la materia que nos ocupa.

Puestos pues a dilucidar semejante extremo, es obligado recordar cuanto dijimos en la Sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 15 de noviembre de 1991: 'en el ordenamiento civil navarro la aplicación del Código Civil y demás Leyes del Estado o "Leyes generales de España" se rige no por el principio de "especialidad" sino por el de "supletoriedad" que proclaman la Ley 6 del Fuero Nuevo y el artículo 13.2 del propio Código Civil, de suerte que

la sola generalidad de las disposiciones civiles forales en materias a las que las de ámbito estatal dispensan un tratamiento específico no justifica la aplicación de estas últimas, cuando la misma generalidad de las previsiones contenidas en las primeras, interpretadas conforme a la tradición jurídica navarra, permita resolver desde ellas la concreta cuestión de que se trata, directamente o a través de la racional extensión analógica de sus disposiciones, pues el Código Civil y las demás Leyes del Estado, como Derecho supletorio (Leyes 2 y 6 del Fuero Nuevo), tan sólo son de aplicación, en cuanto no contradigan los principios generales del Derecho navarro (Leyes 2.3 y 4 del Fuero Nuevo), cuando la cuestión de que se trate se halle absolutamente huérfana de regulación en la costumbre o en las Leyes civiles forales, interpretadas e integradas conforme a la tradición jurídica navarra (Leyes 1.2 y 6 del Fuero Nuevo) y la laguna resultante no pueda ser integrada mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones (Ley 5 del Fuero Nuevo)».

Pues bien, desde este ángulo, pensamos que la propia regulación de la invocada Ley 103 FN ofrece margen suficiente para otorgar, en su caso, la compensación económica que estamos estudiando, y sin necesidad, por tanto, de acudir al derecho supletorio. En efecto, aunque el tenor literal de la Ley 103, como hemos indicado, no habla de la compensación que nos ocupa, no es menos cierto que de una interpretación armónica y lógica de tal precepto se desprende su existencia. Así, establecido el régimen de sostenimiento de cargas familiares, establecido asimismo que el trabajo en el hogar familiar se computará a estos efectos, lógico es deducir de esta regulación un mecanismo que sirva para compensar las eventuales desproporciones que se hayan producido en este campo, y, en concreto, cuando uno de los cónyuges haya contribuido con un trabajo en el hogar familiar que se revela desproporcionado –en relación a la aportación del otro cónyuge– al momento de la extinción del régimen de separación. Esto es, si la propia Ley 103 FN exige una proporcionalidad a la hora de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares, incluso cuando esa aportación consista en un trabajo doméstico, lógico es que la propia norma abarque o contemple una compensación económica si se desvela que la contribución de uno de los cónyuges ha sido desproporcionada, pues no parece razonable que la Ley imponga una obligación –contribución o aportación– sin la oportuna consecuencia o reparación en caso de incumplimiento total o parcial, en este supuesto desproporción de las aportaciones. En definitiva, así entendida la alegada Ley 103 FN poco o nada difiere de la regulación del Código Civil.

Sólo desde esta perspectiva compartimos la tesis de la sentencia impugnada cuando manifiesta que «ello no implica sin embargo que si la contribución del cónyuge por su trabajo para el hogar familiar resultare mayor a la que hubiere venido obligado con arreglo a la regla de la proporcionalidad, carezca del derecho al reembolso del exceso al extinguirse el régimen»; ahora bien, la propia sentencia de la Audiencia Provincial deja sentado, como hecho probado aquí no atacado, que el trabajo en el hogar familiar de la recurrente no constituyó «una sobreaportación al sostenimiento de las cargas familiares que justifique un derecho al reembolso ..., el derecho al reembolso... no puede entenderse generado en el caso de autos por la entidad e intensidad del trabajo en el hogar familiar de la demandante».

Así las cosas, constituyendo un hecho probado –no combatido en esta casación– que la contribución de la actora no supuso una sobreaportación al sostenimiento de las cargas familiares, que no fue desproporcionada en suma, mal puede prosperar la pretensión de la recurrente, como bien ha decidido la sentencia impugnada.

Por lo demás, dados los términos de esta resolución, carece de sentido apelar a lo establecido en el artículo 5.5 de la Ley Foral 6/2000 –para la igualdad jurídica de las parejas estables–. Nos importa remarcar que esta concreta regulación está claramente inspirada, entre otras fuentes, en el repetido Código de Familia de Cataluña. Pero, debemos subrayarlo, al supuesto de autos no se puede proyectar la indicada Ley Foral 6/2000, pues ésta tiene un ámbito de aplicación bien definido: las parejas no unidas por vínculo matrimonial, como especifica el artículo 2.1 de esta Ley Foral.

El único motivo de casación, por tanto, debe decaer.

GUARDA Y CUSTODIA

Se mantiene la guarda y custodia a favor de la madre, pero con el apercibimiento de que debe colaborar a que se produzca el acercamiento entre el padre y la hija advirtiendo a la misma que el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda, modificación que podrá efectuarse en trámite de ejecución de sentencia.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María García Esquius

El recurso de apelación que formula el apelante Sr. Eusebio contra la sentencia dictada en fecha 15 de enero de 2003 se dirige a obtener la guarda y custodia de la hija menor de edad que la sentencia atribuye a la madre, mientras que la apelación que interpone la madre pretende el incremento de la pensión de alimentos a cargo del padre y a favor de la hija, a la suma de 360 euros mensuales.

La sentencia de la juzgadora de instancia lleva a cabo un detenido análisis de la situación existente y de las circunstancias concurrentes y finaliza adoptando las medidas que, en función de todas y cada y una de estas circunstancias considera más oportunas, decisión que la Sala comparte tras el examen de los autos.

Hemos de partir como precedente inmediato al presente procedimiento de divorcio, que las partes habían convenido de mutuo acuerdo la separación, ratificándose en el Convenio a presencia judicial por lo que en fecha 17 de julio de 1998 el mismo Juzgado de instancia dictó sentencia de separación conyugal. En el Convenio que ambas partes habían suscrito voluntaria y libremente, se pactaba atribuir a la madre la guarda y custodia de la hija y una pensión de alimentos de 30.000 pesetas mensuales. Es importante tomar en consideración los pactos anteriores en la medidas en que los pactos alcanzados por los cónyuges en un previo convenio de separación deben ser respectados 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.

Así pues habremos de analizar ahora si existen motivos nuevos para modificar el régimen de guarda pactado en convenio de separación y la sentencia concluye que no, valorando, acertadamente que si el intento de autolisis que el padre imputa a la madre como evidenciador de la situación de desequilibrio ocurrió en el mes de julio de 1998, durante la tramitación de la separación, tal incidente no impidió que el padre se aviniera a continuar el proceso de mutuo acuerdo por el que se atribuía a la madre la custodia de la niña. Es más, la prueba practicada a lo que lleva es a considerar que las dificultades existían durante el matrimonio, que la ruptura de la pareja fue traumática y probablemente agravó las dificultades personales de la madre y que a pesar de ello, el padre no reclamó para sí la custodia de la hija sino que prefirió que la menor, que apenas contaba entonces tres años y por lo tanto requería mayor atención y cuidados, continuara con la madre. Por el contrario, parece que el estado de la madre ha evolucionado favorablemente, informando el psiquiatra Dr. Enrique que ha remitido el cuadro clínico de dependencias, persistiendo no obstante el trastorno depresivo.

El servicio técnico del SATAV (folios 117 y 188) desaconseja el cambio de guarda y custodia, pero detecta un rechazo de la menor al padre que no aparece justificado, que es consecuencia de la ausencia de contacto y en el que incide, muy negativamente, la postura de la madre y en cierta medida la rigidez del padre. Por lo tanto es en esta importantísima cuestión en la que hemos de incidir. Probablemente la situación de la hija manteniéndose la guarda y custodia a la madre no está siendo positiva para la menor, pero en la actualidad un cambio de custodia a favor del padre empeoraría la situación por lo que tampoco sería beneficiosa para la niña y no olvidemos que en la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores, constituye criterio preferente el interés supremo del menor, el denominado *favor minoris*, que como Principio básico y fundamental en este materia,

es reconocido por la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (artículos 3.1, 18, 20 y 27) y sancionado en nuestra Legislación ya a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de la Llei 8/1995, de 27 de julio, del Parlament de Catalunya, como en los preceptos contenidos en el Código Civil, artículos 92, 93, 94, 101, 154, 158 y 170, todos ellos inspirados en el mismo Principio. En igual sentido, el artículo 82 del vigente Codí de Familia catalán, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, establece que «A l' hora de decidir sobre la cura dels fills i els altres aspectes a que fá referencia l' article 76, l'autoritat judicial ha de tenir en compte preferentment l' interès dels fills» («A la hora de decidir sobre el cuidado de los hijos y los otros aspectos a que hace referencia el artículo 76, la autoridad judicial ha de tener en cuenta preferentemente el interés de los hijos»).

Este Tribunal, dados los antecedentes del caso y los informes técnicos actuales, así como las medidas acordadas por la juzgadora de instancia destinadas a favorecer la reanudación de la relación entre padre e hija, estima que no es oportuno proceder al cambio de custodia que pretende el padre. Ahora bien, así como la fragilidad de la situación aconseja instar a la Direcció General d' Atencio al Menor, para que efectúen un seguimiento de la situación psicológica y social de la menor por si se hallaran en situación de desamparo, tal y como acordó la juez de instancia, también ha de requerirse de la forma más enérgica a la madre para que colabore en la realización de la terapia familiar a practicar en el Hospital de San Pablo a fin y efecto de poder iniciarse con normalidad un régimen de visitas del padre con la hija. El derecho del progenitor con quien el hijo no convive a relacionarse personalmente con él, no sólo está reconocido expresamente en el artículo 135 del Código de Familia, sino que reviste una importancia tal que de no poder ejercitarse causa un grave perjuicio al propio hijo. La niña necesita, para un correcto desarrollo emocional e intelectual, de la presencia del padre y de la madre y sólo en el caso de que se pudiera estimar que la relación personal es perjudicial podría limitarse la misma. No siendo éste el caso, la madre debe colaborar a que se produzca el acercamiento entre el padre y la hija en aras al bienestar de la menor, y si advierte un rechazo que con el distanciamiento se agravará todavía más, ha de contribuir a modificarlo hasta conseguir que, con toda normalidad, la niña desee ver a su padre porque no se justifica causa alguna para lo contrario. Es a los progenitores, padre y madre, a quienes corresponde, en su labor educadora, enseñar a los hijos el valor de la relación familiar y el afecto.

La Sala además considera necesario advertir a la Sra. Susana, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 776.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda, modificación que podrá efectuarse en trámite de ejecución.

GUARDA Y CUSTODIA

No procede atribuir la guarda y custodia a la madre a pesar de que alegue que ha roto con su anterior compañero sentimental, relación que motivó que se otorgase al padre la custodia de las menores.

AP CÓRDOBA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco de Paula Sánchez Zamorano

El único punto a que se contrae el presente recurso de apelación versa sobre el tema de la guarda y custodia de las dos hijas menores de edad de los litigantes, que la sentencia de instancia otorga al apelado, don Marco Antonio, y que la recurrente, doña Gloria, reclama para sí, entendiendo que las circunstancias que en su día motivaron la concesión al padre de la citada guarda y custodia, constreñidas básicamente a la perniciosa relación sentimental para las indicadas menores que mantenía la madre con un tercero, han variado hasta tal punto de que ha habido ya una ruptura de las mismas.

La sentencia impugnada, después de considerar que no ha quedado acreditada la expresada ruptura, haciendo hincapié en el *favor minoris*, como principio que ha de regir la adopción de cualquier decisión en esta materia, y amparándose en el correspondiente informe pericial que desaconseja para la estabilidad y equilibrio emocional de las niñas un cambio radical como el que demanda la madre, mantiene la situación de guarda y custodia que venía rigiendo y cuya modificación ya fue denegada por auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cabra de 24 de enero

de 2002, luego ratificado por otro de esta Audiencia Provincial de 15 de abril de 2002.

Pues bien, ninguna razón nueva se aporta ahora en esta litis, en que se ejercita acción de divorcio por el Sr. Marco Antonio, para modificar la atribución de la mencionada guarda y custodia, especialmente cuando nada consistente se aduce para contraponer la pericial y, en concreto, la afirmación del Sr. Federico cuando habla de la buena adaptación de Francisca y Mariana al ambiente en el que actualmente viven.

Así las cosas, por lo anteriormente expuesto y por los propios argumentos de la sentencia de instancia que aquí se asumen plenamente, el recurso no puede menos que perecer, sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

GUARDA Y CUSTODIA

Atribución de la guarda y custodia del menor de 14 años al padre al desprenderse de la exploración que no desea convivir con el compañero sentimental de la madre.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La atribución de la guarda y custodia de hijo del matrimonio, Rodolfo, de casi catorce años de edad, en favor de su progenitor, con ejercicio compartido de la patria potestad entre ambos padres, está plenamente justificada en las actuaciones. Así se desprende de su exploración judicial que, no desea convivir con el compañero de su madre, que tiene aspecto de drogadicto y que de seguir tal relación prefiere estar con su padre, si bien comunicarse con su madre.

Además de tal circunstancia se ha tenido en cuenta por la Juzgadora *a quo* que, desde diciembre de 2001, el menor, después de pasar un fin de semana con su padre, no volvió al domicilio familiar, deseando quedarse con un hermano Augusto, ya mayor de edad, en la vivienda de la abuela paterna, sin que la madre lo haya tenido desde entonces bajo la custodia que le había sido concedida en el proceso de separación matrimonial.

Procede en consecuencia, por el deseo del menor y por tutelar sus propios intereses, la confirmación del pronunciamiento de la atribución de la guarda y custodia al padre, tal como ha determinado la sentencia en este aspecto apelada por la progenitora. Ratificándose, asimismo, el régimen de visitas, comunicación y compañía establecido en tal sentencia, para regular las relaciones del menor con su madre.

GUARDA Y CUSTODIA

Cambio de guarda y custodia a favor del padre al presentar la madre trastornos de la conducta y del carácter, compatibles con un trastorno de la personalidad, que le lleva a manipular a su hija para que sienta rechazo hacia la figura del padre.

AP ZARAGOZA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 2004.

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Navarro Peña

Por su parte, el demandado don Pedro impugna en su integridad dicha sentencia, en cuanto que desestima su pretensión sobre modificación del régimen de guarda y custodia de su hija María, habida en su matrimonio con la actora, establecido en la precedente sentencia de separación de ambos cónyuges, modificación consistente en que le fuera atribuida a él dicha guarda y custodia por considerar que es lo más beneficioso para la menor.

A la vista del conjunto de la prueba practicada en estos autos y señaladamente la documental integrado por el informe emitido por el Médico Psiquiatra Dr. L. en fecha 8 de septiembre de 1999, tras haber examinado a los hoy litigantes y a su hija (folios 177 y 178), así como el de la Psicóloga Sra. T., de fecha 12 de marzo de 1999, que examinó a la menor, la Sala considera procedente acoger la pretensión de don Pedro y acordar la modificación de dicha medida definitiva

afectante a la menor María, nacida el día 21 de abril de 1994, establecida en la precedente sentencia de fecha 9 de septiembre de 1996, que decretó la separación matrimonial de los cónyuges hoy litigantes, y atribuir al padre la guarda y custodia de la misma por resultar más beneficioso para la citada menor, cuyo interés superior debe ser atendido con carácter primordial como establecen el artículo 309.3 y concordantes de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de niño, de 20 de noviembre de 1990, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el artículo 2.1 de la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de la Cortes de Aragón, sobre proyección de los menores, así como el artículo 92 del CC.

Como destaca en su citado informe el Sr. L., dadas las características y la dinámica familiar de los citados cónyuges y de su hija, ésta tendrá un mejor desarrollo psicológico y una mejor adaptación psicosocial si permanece para la guarda y custodia del padre, que está mejor capacitado para la educación de la menor que la madre, ofreciéndole un ambiente familiar mas estable y equilibrado que el que aporta Lucía, quien presenta trastornos de la conducta y del carácter compatibles con un trastorno de la personalidad, que le lleva a manipular a su hija para que sienta rechazo hacia la figura del padre, provocando con ello serias situaciones de stress con la menor en los momentos de las visitas y entrega al padre, al pugnar sus sentimientos afectivos para con éste y no poder expresarlos con normalidad ante su madre.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se fija un régimen de visitas progresivo a favor del padre y con la presencia inicial de la madre y posteriormente de una tercera persona, al transcurrir más de seis años sin que haya existido comunicación paterno-filial.

AP ZAMORA, SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Jesús García Garzón

La representación del demandado interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia con fundamento en un motivo: error en la apreciación de las pruebas que llevan a la Juzgadora de instancia a establecer un régimen de visitas que difiere del establecido en la sentencia de separación firme.

Dicho recurso debe decaer.

Conforme a los artículos 90, párrafo segundo, 92, párrafo segundo y 93 del Código Civil, las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos deben ser adoptadas en beneficio de ellos.

En el supuesto de autos, una vez oídas las declaraciones de los padres de los hijos menores, cuya guarda y custodia está atribuida a la madre, no cabe ninguna duda que desde la sentencia de separación firme, aproximadamente hace seis años, prácticamente no ha existido comunicación de ningún tipo entre el padre y sus hijos, hasta el punto que podemos decir que entre ellos son totalmente desconocidos. Por ello, el régimen de visitas establecido en la sentencia objeto de recurso, cuya duración se incrementará progresivamente en el tiempo, pasando de dos horas de duración semanal durante los tres primeros meses a un régimen de fines de semana completos y períodos vacacionales, una vez transcurridos nueve meses, y se intensificará también con el paso del tiempo, pasando de un régimen de visitas en que esté presente la madre en los primeros meses, hasta que, una vez que los hijos adquieran suficiente confianza con su padre, la presencia de la madre ya no sea necesaria y, por consiguiente, las visitas se puedan realizar sin la presencia de la madre, si bien se estima el más adecuado en cuanto al régimen progresivo de tiempo, no lo es así en cuanto a la presencia de la madre, que debe sustituirse por la presencia de una tercera persona de confianza de la madre que no tenga relación de parentesco directo con ella.

RÉGIMEN DE VISITAS

Dada la distancia existente entre los domicilios del menor y del progenitor no custodio, para el cumplimiento del régimen de visitas, se establece un régimen de colaboración entre ambos progenitores en la recogida y entrega y en el abono de los gastos de desplazamiento, modificando el sistema pactado en el convenio regulador en el que tanto la recogida como la entrega debería efectuarse en el domicilio familiar.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio María González Floriano

En virtud del primero de los motivos del Recurso, la parte apelante viene a esgrimir error en la valoración de las pruebas con referencia al pronunciamiento adoptado en la Sentencia recurrida relativo a que la recogida y la entrega del hijo menor, con motivo del régimen de estancias, visitas y comunicaciones del mismo en los períodos vacacionales, tuviera que efectuarlas, en todos los casos, el padre en el domicilio de la madre, sustituyéndose, de esta manera, el sistema que se venía verificando a tenor del Convenio Regulador de fecha 10 de julio de 2000, aprobado por la Sentencia de fecha 19 de octubre de 2000, dictada por el mismo Juzgado de instancia en los autos de Juicio de Separación Matrimonial de Mutuo Acuerdo seguidos con el número 36/2000, por cuya virtud se convenía entre las partes –y se aprobaba judicialmente– que «la recogida y entrega del menor para el cumplimiento del derecho de visitas que se establece, dada la distancia, se efectuará en colaboración de ambos progenitores, y los gastos de desplazamiento que se originen serán abonados por mitades».

Conforme al inciso final del artículo 91 del Código Civil, para que proceda la modificación de las medidas adoptadas en las Sentencias de Nulidad, Separación o Divorcio, o en ejecución de las mismas, en defecto de acuerdo de los cónyuges o, en caso de no aprobación del mismo, se exige que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias, disponiendo el apartado 1 del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. Pues bien, la Sentencia recurrida ha motivado el cambio de criterio, respecto de la medida definitiva que se examina, en la circunstancia de que, cuando aquélla se adoptó, el padre se encontraba en paro, en tanto que, en el momento presente, trabaja para el Ayuntamiento de Salorino, lo que justificaría que no fuera la madre la que se encargara de la entrega y recogida del menor como se venía haciendo. No cabe duda de que la situación económica del padre ha variado en relación con la que mantenía cuando se dictó la Sentencia de Separación Matrimonial, mas no debe desconocerse que la razón por la cual en el Convenio Regulador de la Separación Matrimonial se pactó que la recogida y entrega del menor para el cumplimiento del derecho de visitas que se establecía se realizara en colaboración de ambos progenitores, y que los gastos de desplazamiento que pudieran originarse fueran abonados por mitades, no respondía –conforme al tenor literal de la estipulación– a que el demandado careciera de recursos económicos (o a que estuviera en situación de paro laboral), sino a la más que importante distancia existente entre el domicilio de la madre (donde se encuentra el menor) –País Vasco– y el del padre –Extremadura–, circunstancia que, en la actualidad, no se ha modificado, de modo que los presupuestos que se tuvieron en cuenta para adoptar dicha medida permanecen invariables.

Sin perjuicio de que, con posterioridad y con mayor detalle, se vuelva a hacer referencia a la situación económica del padre, baste indicar, ahora y en esta sede, que sus ingresos económicos líquidos mensuales –acreditados en este Proceso– son exiguos (482,12 euros, conforme a la nómina del mes de noviembre de 2003 abonada por el Ayuntamiento de Salorino), como –aun ligeramente superiores– también lo son los de la madre (608,22 euros, conforme a la nómina del mes de diciembre abonada por la entidad Kinsan Zumárraga, SA), de modo que la importante distancia existente entre los domicilios de uno y otro de los progenitores exige y demanda –como prevenía el Convenio Regulador de la Separación Matrimonial– una colaboración entre ambos, que incidiría, asimismo, en el reparto de los gastos de desplazamiento, lo que en absoluto significa que la madre, siempre y en todos los casos, hubiera de encargarse de la entrega y recogida del menor en el domicilio del padre. A este designio responde –según el criterio de esta Sala– el interés y el bienestar del hijo menor habido en el matrimonio, que aconseja el que las estancias, visitas y comunicaciones del mismo con el progenitor que no ostenta su guarda y custodia sean reales y efectivas en la medida en que ello redunda en su formación integral, de modo que,

ante contingencias de este tipo (distancia significativa entre los domicilios del padre y de la madre, coste que supone el desplazamiento y el hecho de que algunos períodos vacacionales, como el de Semana Santa, sean cortos), deba procurarse –insistimos– la más estrecha colaboración entre los padres para beneficio del hijo menor. De esta manera, se considera que responde a parámetros equitativos el que, en todos los casos de estancias del hijo menor con el padre durante los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y Verano, el padre, don Lázaro, recoja al hijo menor, Evaristo, en el domicilio de la madre a las 10,00 horas de la mañana del primer día del período de vacaciones, y la madre, Dª. Fátima, recoja al hijo menor en el domicilio del padre a las 20,00 horas del último día del período de vacaciones, de forma que se compartan, entre los progenitores, por igual, tanto el sistema de recogida y de entrega del hijo menor con motivo del régimen de estancias, visitas y comunicaciones establecido en períodos de vacaciones, como el coste económico que ello supone dada la distancia existente entre los domicilios de los padres. Así pues y, en el sentido indicado, procede la estimación del motivo.

RÉGIMEN DE VISITAS

Aun cuando el menor no quiere relacionarse con el padre, se estima más adecuado mantener el régimen de visitas, aunque sea muy restrictivo, con la esperanza de que el padre pueda ganarse de nuevo la confianza que el menor le tuvo en su día.

AP CUENCA, SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Leopoldo Puente Segura

Se alza la parte actora en esta litis contra la sentencia recaída en la primera instancia, interesando que se declare dejar sin efecto el régimen de visitas establecido a favor de don Enrique por considerarlo inconveniente desde el punto de vista del interés del menor. A su vez, la parte demandada impugna la resolución recurrida pretendiendo que se otorgue al padre la guarda y custodia del niño y que, en consecuencia, se atribuya el uso y disfrute del domicilio conyugal a padre e hijo y que se determine una pensión de alimentos a favor del menor y a cargo de la madre doña Amelia.

Ya se comprenderá, por tanto, que los motivos de apelación e impugnación aparecen entreverados de tal modo que, de estimarse el uno, total o parcialmente, –supresión o disminución del régimen de visitas a favor del padre–, forzosamente habrían de ser desestimados los otros –alteración del régimen de guarda y custodia, uso del domicilio conyugal y pensión de alimentos a cargo de la madre–.

En tantas ocasiones ha tenido este Tribunal oportunidad de pronunciarse con relación a la crisis matrimonial protagonizada por doña Amelia y don Enrique, que no parece necesario insistir en ideas, por otro parte elementales y de conocimiento general, concernientes a que cualquier medida que pueda adoptarse judicialmente con relación a los menores de edad (singularmente las relativas a su régimen de guarda y custodia, visitas y alimentos), deberá decretarse tomando en consideración, frente a todos los otros concurrentes (también legítimos), el preferente interés del propio menor, tal y como resulta de lo establecido en el artículo 39 de la Constitución española, de los artículos 1, 2 y 11.2 de la ley de protección jurídica del menor de 15 de enero de 1996, de la declaración de los derechos del niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 20 de noviembre de 1959 y de, entre otros, los artículos 92, 93, 94, 103, 154, 158, 159 y 170 del Código Civil.

Con fecha cuatro de octubre del año dos mil dos, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de los de Tarancón y su partido, dictó auto en cuya virtud se decretaba la suspensión del régimen de visitas del menor Juan Enrique establecido a favor de su padre Don Enrique.

Desestimado el recurso de reposición que se interpuso contra dicha decisión, la misma resultó confirmada por otro auto, éste de fecha treinta de octubre del mismo año, ambos dictados sobre la base del grave incumplimiento del régimen establecido que protagonizó don Enrique reteniendo al menor y forzando la intervención de la Guardia Civil para devolver al niño con su madre. Recurrida en apelación esta medida, la Audiencia Provincial de Cuenca, en nuestro auto de fecha doce de marzo del año dos mil tres, revocó la misma, reinstaurando el régimen de visitas establecido. Esta Sala destacaba entonces el fracaso de las diferentes y graves acciones penales que Enrique interpuso

con relación a unos supuestos malos tratos al menor, e incluso ataques a su libertad sexual, que han determinado que el Ministerio Público haya formulado ya escrito de acusación contra el referido Enrique imputándole un posible delito de denuncia falsa (folio 330 de las actuaciones). Destacábamos también la circunstancia de que en informe emitido en setiembre del año dos mil dos por los expertos de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se subrayaba que el seguimiento al que el menor está siendo sometido, con las consiguientes y repetidas evaluaciones profesionales de las que ha sido objeto (generadas como consecuencia de las sucesivas denuncias interpuestas por su padre) podrían tener un efecto negativo sobre el menor Juan Enrique.

Por último, este Tribunal reconocía, como no podía ser de otra manera, el incumplimiento grave del régimen de visitas establecido que dio lugar a la producción de unos incidentes (que ya entonces calificábamos como penosísimos), con las graves consecuencias que ello puede proyectar sobre el menor, quien hubo de presenciar una cadena de desagradables sucesos, llegando a ser objeto, ante la obcecación de su tía, de un forcejeo entre ésta y uno de los agentes de la Guardia Civil. Sin embargo de todo lo anterior, este Tribunal consideró entonces que suspender el régimen de visitas establecido a favor del padre y, por supuesto en beneficio del menor, podría provocar a éste un perjuicio mayor que el que se trataba de evitar, explicando que, con ello, quedaría privado en un momento trascendental para la formación de su personalidad, de las relaciones con su padre, debiendo tenerse en cuenta que éste, más o menos torpemente, ha porfiado por obtener la custodia de su hijo y al no constar en absoluto que en los períodos en que las visitas tenían lugar el niño se resintiera de ningún modo, siendo que, al contrario «se hallaba tranquilo y seguro», al punto que, incluso se negaba a regresar al domicilio materno. Concluíamos señalando que: «En nuestra consideración, la referencia de la familia del padre para Enrique es hoy un elemento enriquecedor y satisfactorio en su conjunto, por más que ciertos comportamientos de su progenitor..., puedan haberle perjudicado (creemos que de manera involuntaria)». Sin embargo, en nuestro auto asegurábamos también: «Lo que sí está ya claro es que don Enrique sabe hoy que la causa penal incoada como consecuencia de su última denuncia sigue su curso y que, en su seno, se practicarán las pruebas conducentes a esclarecer los hechos que sean precisos; que no existen elementos objetivos en este momento que permitan considerar que su hijo esté siendo víctima de malos tratos o de cualquier otra forma de agresión, desarrollando normalmente su personalidad; que en cualquier caso, las decisiones que puedan acometerse respecto a su guarda y custodia o de las visitas del cónyuge con quien el menor no conviva, únicamente podrán ser adoptadas por los órganos jurisdiccionales y previo el indispensable procedimiento; y que por descontado no van a tolerarse imposiciones realizadas al respecto por ninguna de las partes y, en particular, que un nuevo incumplimiento del régimen de visitas o el sometimiento del menor a circunstancias que inequívocamente resulten para él perjudiciales, obligarán a reconsiderar, acaso de manera irreversible, la decisión que ahora se adopta».

A su vez, en nuestra sentencia de fecha trece de enero de este mismo año, apelación civil núm. 210/2003, resolviendo un incidente de modificación de medidas instado por las mismas partes, después de hacer alusión expresa al auto anteriormente citado, indicábamos que la circunstancia de que don Enrique hubiera acudido junto con su hermana el día 18 de marzo de 2003, a un medio de comunicación pública (programa «Sabor a ti» emitido por Antena 3 televisión) haciendo referencia a sus sospechas de que el niño era objeto de abusos sexuales por parte de terceras personas y denunciando la actuación del titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de Tarancón, aparecía, *prima facie*, amparado por el derecho a la libertad de expresión y no justificaba por sí mismo modificar el régimen de custodia, guarda y visitas acordado.

Entendemos, sin embargo, que las circunstancias que hasta aquí se han venido teniendo en cuenta se han visto modificadas, además de haberse conocido otras que, hasta ahora, no han sido expresamente ponderadas. En primer y principal término, es lo cierto que la actitud del menor respecto a la relación con su padre se ha alterado de modo muy sustancial, como llanamente resulta de la exploración practicada en el juzgado de instancia con fecha 19 de enero del presente año y, especialmente, de la que efectuamos los miembros de esta misma Sala el pasado día diecisiete de mayo. En ambas manifiesta el menor que su deseo es interrumpir las relaciones con su padre, a la que se ha venido negando últimamente de forma radical «porque su padre miente, porque se mete con su madre, porque le dice que su madre le pega pero no es verdad y porque se mete con los amigos de su madre» (exploración en el Juzgado de instancia). El menor ha expresado, también ante nosotros, que teme a las visitas de su padre porque le asusta la posibilidad de que al finalizar éstas no le devuelva con su madre como ya sucedió en el pasado, insistiendo en que miente y señalando que la última vez que le vio fue por televisión, observando que preferiría suspender de forma completa las relaciones con su progenitor.

Naturalmente, no ignora esta Sala que hablamos de un menor que cuenta hoy siete años de edad y cuyos deseos, como es lógico, sin que puedan dejar de ser tenidos en consideración, de ninguna manera pueden ser definitivos o concluyentes. Es el análisis

ponderado de esos deseos del niño, su mayor o menor justificación, su causa, lo que debe ser analizado junto todas las otras circunstancias concurrentes y relevantes. El temor que el niño manifiesta a que su padre no le devuelva a su madre al finalizar el período de visita no será ajeno, seguramente, al grave incumplimiento del régimen que don Enrique protagonizó. Ese miedo, desde luego, podría paliarse si don Enrique, desde entonces, hubiera adoptado sobre este particular una postura medianamente razonable, flexibilizando las entrevistas, tratando de realizarlas, incluso, en presencia de la madre del chico o de algún familiar que le hiciera sentirse seguro, orientando en suma y en interés de su hijo, su comportamiento a rebajar el extraordinario grado de tensión que don Enrique se ha empeñado en imprimir a esas relaciones. Con posterioridad al archivo de la causa penal, en la que no se objetivaron ninguna clase de lesiones o malos tratos, a medio de los muy distintos informes de expertos públicos (Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha) expresivos del normal y adecuado desarrollo del niño, de exámenes forenses, de dictámenes de médicos de la seguridad social, de informes escolares, don Enrique ha seguido insistiendo en la existencia de malos tratos y abusos sexuales pretendidamente practicados sobre el menor con la aquiescencia de su madre. Y esa insistencia la ha canalizado a través de distintos programas de televisión, emitidos por diferentes cadenas, y de otros medios públicos de comunicación. Así, don Enrique, el día 19 de junio de 2002, compareció en el programa emitido por Tele 5, «A tu lado», en el que después de anunciarse por su presentadora que a continuación se escucharían testimonios de personas que «querían proclamar su homosexualidad a los cuatro vientos» *(sic)* y de otras que se manifestarían enamorados de terceros a quienes aún no conocían, invitándose a los espectadores en general para que llamaran al programa si estaban «arrepentidos de algo», protagonizó don Enrique una entrevista en la que, entre otras circunstancias, manifestaba que era necesario poner doscientas denuncias para que te hagan caso, que el Juzgado (de Tarancón) se olvidaba del artículo 14, que los temas se paralizan y que le parecía incomprensible que se buscara el bien del menor si ella (su madre) no tiene trabajo estable ni donde vivir. Posteriormente, tomó la palabra, doña Guadalupe, hermana de don Enrique y que también acudió al programa, preguntándose ¿para qué sirven los Juzgados?, señalando que los jueces de Tarancón todavía no han hecho nada y sugiriendo, de modo más o menos explícito, que el niño estaba siendo maltratado por su madre o con la aquiescencia de ésta.

Posteriormente, don Enrique, compareció en el programa emitido por Tele Madrid, el día 3 de diciembre de 2002, «Sucedió en Madrid» en el que se exhibió distorsionada una fotografía del menor (el niño tenía entonces cinco años) manifestando, entre otras alegaciones, que su hijo se encontraba bajo un secuestro judicial y que el rescate era que su padre no apareciese en los medios de comunicación.

El día 18 de marzo de 2003, se produjo la intervención de don Enrique en el programa emitido por Antena 3 Televisión (al que ya se hacía referencia en nuestra sentencia de fecha trece de enero de este mismo año), insistiendo en que su hijo había sido víctima de abusos sexuales y señalando que el Juzgado no hacía caso de los informes psicológicos por él presentados porque lo único que querían es que «él dejara de molestarles», añadiendo su hermana que los jueces de Tarancón deberían aprender.

A su vez, en el número 67 de la revista «Así son las cosas», publicada en la semana del 11 al 17 de agosto de 2003, muestra en portada una gran fotografía del menor, con el rostro relativamente velado, y bajo el titular «¿Qué van a hacer con mi hijo?», que se complementaba, también en portada, con la siguiente frase: «Hace un año Enrique anunció que el niño de seis años, sufría abusos sexuales. Teme que su madre, que se lo ha llevado a Brasil, vaya a venderlo». En el interior de la revista se publica a cuatro páginas una entrevista con don Enrique, que se ilustra con dos fotografías de éste, otras dos de doña Amelia y hasta siete fotografías del menor, más o menos veladas también. Entre los subtítulos destacados en el reportaje se dice por ejemplo: «Lucineide nunca ha sentido cariño por el niño. Nada más nacer, me dijo que en Brasil, su país, le darían mucho dinero por él» o «El padre de este niño de seis años teme que su ex mujer lo venda en Brasil, adonde lo ha llevado sin su permiso».

Para terminar, hasta la fecha, su periplo por los medios de comunicación social, don Enrique volvió a comparecer en el programa «Sucedió en Madrid», ahora el día 19 de agosto de 2003, afirmando que su hijo «ha podido ser vendido en Brasil», emitiéndose varias fotografías del pequeño y de doña Amelia, reportaje en el que don Enrique, después de mostrarse cuidando tiernamente de unos pajarillos, expresaba su temor a que el niño no regresara de Brasil o que lo hiciese «con un ojo menos o con un riñón menos».

Es decir, junto a las denuncias –archivadas en resolución firme–, por eventuales malos tratos y agresiones sexuales, viene a añadir ahora don Enrique la posibilidad (carente del más mínimo dato objetivo que pudiera abonarla) de que la madre del menor venda al niño o se deshaga de él de otro cualquier modo, aunque ahora la denuncia la articula directamente a través de los medios de comunicación social, sin que conste la incoación en el Juzgado a su instancia de ninguna clase de diligencias penales por estos «hechos».

Importa que se comprenda que este Tribunal considera las comparecencias en los medios públicos de comunicación de don Enrique absolutamente irrelevantes desde el punto de vista de la guarda y custodia del menor o de su régimen de visitas, en lo

que tienen de crítica al Sr. Juez de Instrucción de Tarancón (o a los jueces de Tarancón en general) o al Ministerio Fiscal o al Defensor del Pueblo o al Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid o al Director del colegio donde su hijo cursa estudios. Estas críticas, a nuestro juicio, y como ya señaláramos en su momento, resultan amparadas por el derecho constitucional a la libertad de expresión, hallándonos felizmente todos quienes protagonizamos el ejercicio de una función pública sujetos a la crítica por más ácida, destemplada o, incluso, injusta que, a veces, pueda resultar. Más aún: en lugar de o junto a esas comparecencias en los medios de comunicación, debe saber don Enrique que los jueces o magistrados todos y también los miembros del Ministerio Fiscal estamos, como no podía ser de otra manera, sujetos a responsabilidad disciplinaria, civil y penal, teniendo así abierta la posibilidad de exigirla por los cauces legalmente previstos. Lo que, desde luego, no puede comprenderse es qué clase de beneficio considera don Enrique que puede representar para su hijo, el recurrente periplo que, por distintos programas de variedades y/o sucesos, viene protagonizando, solo o en compañía de otros familiares, exhibiendo fotografías de su niño, y presentándolo como imaginaria víctima de delitos de malos tratos, agresiones, venta de órganos, etc. Ninguna realidad objetiva le disuade. No le alcanzan los informes médicos expresivos de que el niño no presenta ninguna lesión que no sea propia de la enfermedad dermatológica que padece. No le basta que los informes psicológicos emitidos por especialistas públicos pongan de relieve que el niño se desarrolla perfectamente en compañía de su madre. Ni le sirve que su rendimiento escolar y comportamiento en las aulas sea del todo normal. Tampoco que el Ministerio Fiscal considere que no hay delito alguno, ni que el juzgador de instancia así lo acuerde, ni que una Audiencia, formada por tres magistrados, confirme esa decisión. Tampoco parece importarle que el niño haya regresado de Brasil (donde pretendidamente iba a ser vendido), naturalmente indemne. En el acto del juicio tuvo ocasión de explicarse: acude a los medios de comunicación porque allí es donde únicamente le escuchan. Naturalmente, no es fácil que cualquiera que sea la audiencia del programa televisivo, su factura técnica o, incluso, su perfección artística, vaya don Enrique a conseguir en esas comparecencias que se modifique el régimen de visitas de su hijo, o su guarda o custodia, ni parece imaginable que ninguna medida de protección del niño (aunque don Enrique la creyera justificada) pueda conseguirse por ese cauce. Más allá de la notoriedad pública que don Enrique pueda conseguir y del desahogo personal que para el mismo pueda producirse, este Tribunal no comprende qué beneficio puede significar para el niño esta pertinaz exhibición en los medios de comunicación. También en los Juzgados se le escucha, y se le seguirá escuchando tanto como sea necesario. Aquí, sin embargo, como es lógico, las cosas no funcionan como en los programas de variedades o sucesos, en los que el protagonista comparece, es maquillado, cuenta su historia y se marcha. Aquí hemos de oír también a las demás partes, hemos de investigar los hechos que se denuncian, valorar pruebas y obtener conclusiones después. Aquí, las manifestaciones de las partes han de ser contrastadas (no por el mayor o menor rigor profesional del director de cada programa) sino sobre la base de pruebas protagonizadas por especialistas en las diferentes materias. Se escucha, pero no siempre se da la razón.

En cualquier caso, es obvio que resulta inconveniente para el adecuado desarrollo de la personalidad de un niño, hoy de siete años de edad, que él mismo, –sus compañeros de colegio o vecinos (especialmente en una localidad del tamaño de Tarancón)–, asista estupefacto al repetido espectáculo de observar cómo su padre afirma de forma pública que su madre no le quiere, ni le ha querido nunca, que abusan de él sexualmente, que es agredido, que van a trasladarlo a Brasil para vender sus órganos u otras cualesquiera ocurrencias de quien, como don Enrique, resulta impermeable a todas cuantas consideraciones o pruebas existen de lo contrario. Debería comprender don Enrique las enormes dificultades que para su hijo representará tener que asegurar ante sus compañeros o amigos que su madre le quiere, que no le ha vendido ni le va a vender tampoco en el futuro y tener, además, que convencerse a sí mismo de que la televisión es también espectáculo. El beneficio de su hijo pasa, más bien, porque don Enrique abone la pensión de alimentos que le ha sido impuesta y, porque si no puede hacerlo en su totalidad, promueva la modificación judicial de esa medida, abonando, al menos, alguna cantidad por ese concepto (él mismo ha reconocido que lleva más de un año sin aportar ninguna cantidad de dinero para la manutención de su hijo). Pasa también porque permita, –sin perjuicio de las acciones judiciales que quiera emprender a fin de obtener la guarda y custodia del niño o cualesquiera otras–, que su hijo desarrolle una vida normal, como la de sus demás compañeros, procurando que se sienta querido por su padre y también por su madre, sin asustarle, sin someterle a una presión difícil de sobrellevar por un adulto e insoportable para un niño, porque deje de exhibir sus fotografías, las del menor, y las de su madre y de aderezar todo ello con, infundadas y desmentidas por la contumacia de los hechos, acusaciones amplificadas por los medios de comunicación social. Pasa por que comprenda que si la Audiencia Provincial estimó en algún caso sus recursos, –como orgullosamente manifestó en el acto de este juicio–, no fue porque otorgásemos a sus acusaciones el menor crédito (ante la evidente y rotunda falta de prueba de las que se acompañan) sino porque pensamos que aún era posible apelar a su sentido de la moderación y per-

mitir que retomara la relación con su hijo, de la que él mismo y, desde luego, el menor podrían beneficiarse. Anunciábamos, sin embargo, que el sometimiento del menor por su padre a situaciones que en el futuro pudieran perjudicarles de forma ostensible, nos haría reconsiderar la decisión adoptada. Y desgraciadamente ha llegado el momento de hacerlo.

No obstante, y en último intento de que la referida relación paternofilial no se pierda definitivamente, considera este Tribunal que procede restringir el derecho de visitas del padre más no suprimirlo, limitando las mismas a estancias de cuatro horas, sábados y domingos alternos, de 16 a 20 horas, debiendo recoger al menor en el domicilio de su madre y reintegrarlo puntualmente al mismo, al efecto de que el menor, con previsión próxima de regreso a casa, se avenga a la compañía de su padre, sin temor a que éste no le devuelva junto a su madre. Desde esta plataforma, ciertamente mínima, esperamos que, en beneficio del menor, sea don Enrique capaz de ganarse de nuevo la confianza que el niño le tuvo un día, cesando en los comportamientos que hasta aquí han sido descritos, sin perjuicio, no hace falta decirlo, de que acuda tantas veces como le parezca oportuno a los medios de comunicación social para ejercitar su derecho a la crítica frente al sistema judicial en su conjunto, –perfectible en innumerables aspectos–, o frente a concretos jueces, fiscales, u otros profesionales cualesquiera, adultos, formados, y sujetos por el ejercicio de su función a la censura de cualquier ciudadano y de la comunidad en su conjunto, pero dejando al margen la exhibición pública de su hijo, omitiendo cualquier dato que permita identificarlo por sus vecinos, amigos y entorno y permitiendo, en fin, que desarrolle su personalidad sin la torpe presión a la que repetidamente le está sometiendo don Enrique.

De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la ley de enjuiciamiento civil, en relación con el artículo 394 del mismo texto legal, no procede hacer especial imposición de las costas ni de la apelación principal, que se estima en parte, ni de la impugnación, atendiendo a la particular naturaleza de esta clase de procedimientos.

VIVIENDA FAMILIAR

Se atribuye el uso de la vivienda familiar de forma anual y alternativa a ambos cónyuges hasta la liquidación de gananciales.

AP VALLADOLID, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Ángel Sendino Arenas

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda formulada por don Jorge frente a doña Mónica y en consecuencia, declara disuelto por divorcio el matrimonio formado por ambos acordando, entre otras medidas, la asignación del uso de la vivienda familiar sita en la calle 000 núm. 000, de Valladolid alternativamente a los litigantes, por períodos de un año y hasta que procedan a la efectiva liquidación de la sociedad legal de gananciales.

Frente a esta medida se alza la demandada doña Mónica alegando, en síntesis, infracción por aplicación indebida del artículo 96 del Código Civil, ya que en atención a las circunstancias concurrentes, considera que le debió ser atribuido el uso exclusivo de la vivienda familiar al ser el suyo el interés más necesitado de protección.

Se opone a este recurso el actor solicitando la íntegra confirmación de la Sentencia recurrida.

Leída la Sentencia de instancia y particularmente el fundamento dedicado al uso de la vivienda familiar (F. Quinto) y analizada de nuevo en esta Alzada toda la prueba practicada, esta Sala pronto llega a la conclusión de que el presente recurso debe ser desestimado.

Teniendo en cuenta que la vivienda en cuestión es propiedad de ambos cónyuges, que la única hija que actualmente convive con alguno de los cónyuges lo hace precisamente con el padre, que se ha conformado con la medida judicial adoptada, y que la esposa, además de la pensión compensatoria por importe de 138,10 euros/mes, dispone, como reconoce, de un pequeño negocio abierto desde el mes de octubre con el que poder subvenir a sus necesidades, estimamos que el interés necesitado de protección en uno y otro cónyuge viene a ser semejante y que, por consiguiente, ambos tienen similar derecho a ocupar y disfrutar de la vivienda común.

No existe por tanto ninguna razón de peso, ni de justicia ni de equidad, para que deba modificarse la medida adoptada, es decir, el uso anual y alternativo de la vivienda común por sus dos titulares y

hasta la efectiva liquidación de la sociedad legal de gananciales. Tal decisión tiene un claro fundamento en las previsiones y pautas marcadas por el artículo 96 del Código Civil, y además en el orden práctico contribuirá a una pronta liquidación del patrimonio ganancial, como desean ambas partes.

VIVIENDA FAMILIAR

Privación del uso de parte de la vivienda familiar al ex esposo en atención a que hay que poner remedio a una situación de anómala proximidad origen de continuos conflictos entre los ex cónyuges.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio López Carrasco Morales

El recurso interpuesto por don José Ramón se funda en que en anteriores sentencias recaídas en procesos matrimoniales (Separación en 4 de abril de 1995; modificación de efectos de separación núm. 73/96 Juzgado de Vilanova i la Geltrú en fecha 16 de diciembre 1996, confirmada el 18 de marzo de 1998 por la Audiencia Provincial), se debatió y resolvió la medida sobre uso de los bajos de la vivienda sita en C/ [...], núm. 000 de la indicada localidad, a favor del Sr. José Ramón, lo que el recurrente consideró ser cosa juzgada por incidir las identidades de personas y cosas, y causas de pedir, y, consiguientemente pidió revocar el pronunciamiento de la sentencia de divorcio que atribuye a la actora Sra. Alejandra el uso de la totalidad de la finca situada en [...], núm. 000, sin reconocer al Sr. José Ramón S. derecho de uso de toda o parte de la mencionada finca, que había sido domicilio conyugal, si bien el demandado podía retirar sus objetos personales, previo inventario, en caso de no haberlo hecho con anterioridad. A tal petición se opuso la Sra. Alejandra en escrito de oposición al recurso de 23 de julio de 2003.

Con acusada imprecisión el demandado aglutina motivos del recurso por vía de infracción procesal; cosa juzgada y error en valoración de la prueba para mantener que el edificio de [...], núm. 000 de la localidad de Vilanova y la Geltrú es propiedad de su exmujer doña Alejandra; y que dicho edificio, consta de dos plantas, (la primera que constituye el domicilio familiar de los entonces esposos) y la planta baja, que es una entidad independiente, y que viene siendo ocupada desde la ruptura matrimonial por el recurrente; con base a las sentencias recaídas en los procedimientos matrimoniales citados, por lo que entendió, debía seguir ocupando tales bajos. El planteamiento de la coherencia de resoluciones judiciales, y de cosa juzgada, es artificioso por cuanto, si bien en los procesos anteriores se debatió y resolvió el tema de cuál había sido el domicilio y hasta la misma configuración física, arquitectónica y estructural de las dos plantas, con posibilidad de ocuparlas de forma independiente (como había ocurrido en épocas pretéritas (cuando los bajos estaban alquilados por estudiantes); la cuestión *facti et iure* es otra. Por lo pronto hay que decir que la cosa juzgada material presenta en Derecho de Familia características propias que la someten a revisión por alteración substancial de circunstancias, para lo cual hay que estar a lo que en cada momento se alegue y pruebe, respecto a las medidas complementarias dictadas en anteriores procedimientos de medidas provisionales, o definitivas, de separación, nulidad o divorcio. Sólo así se adecuan los derechos y las obligaciones, a las necesidades de los hijos o de los cónyuges. Por no citar más que algunos ejemplos, es decir, el artículo 92 CC (sobre determinación de alimentos a favor de los hijos según las circunstancias económicas y necesidades de los hijos, en cada momento; el artículo 91 CC sobre modificación de medidas acordadas en Convenios, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, el artículo 94 CC, sobre limitación o suspensión del régimen de visitas si se dieren circunstancias graves o incumplimientos de deberes impuestos por la resolución judicial; y todavía en la legislación del C. de Familia de Cataluña, se aprecia mejor la relatividad de las medidas, por la modificación, por circunstancias sobrevenidas (artículo 80), pudiendo prever el Convenio, o la sentencia anticipadamente, las modificaciones; o bien, destacando, respecto al uso de la vivienda conyugal, y para el caso de no haber hijos, su carácter temporal mientras dure la necesidad, sin perjuicio de prórrogas, o incluso facultando al juzgador para otorgar pensiones compensatorias a término [artículo 86.1 letra C)]. Todo esto denota la variabilidad esencial de las medidas complementarias del pronunciamiento principal de separación, nulidad o divorcio, por lo que es claro que no se puede prejuzgar una sentencia matrimonial por el contenido de otra anterior cuando

se han alterado las circunstancias. No hay incongruencia en los fallos ni violación de cosa juzgada material, si la resolución judicial posterior responde a situaciones fácticas distintas de las contempladas en procesos anteriores.

Dicho lo anterior, el planteamiento del Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia apelada es totalmente acertado, en cuanto declara que el divorcio es proceso autónomo de la separación y del procedimiento de modificación de medidas, que no producen efecto de cosa juzgada. Partiendo de esta premisa, hay que estar al hecho incuestionable de una irreconciliable situación de enfrentamientos entre los que fueron esposos, producidos ya en separación, y modificación de medidas de separación, que ha continuado en el presente, hasta el punto de que hoy las diferencias, desavenencias y disgustos ha perturbado el normal sosiego de la vida cotidiana de los cónyuges. Perpetuar la proximidad entre ellos sería tanto como desconocer la finalidad que persigue la Ley con la separación y divorcio no es otra que la de proporcionar libertad en la vida de relación, y goce en el ejercicio pacífico de derechos, sin intromisiones o perturbaciones que afecten o pueden afectar a la tranquilidad y estado psico-físico, de uno y otro cónyuge. Así, el artículo 102 del CC, otorga al que demanda, por ministerio de Ley; poder vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal. Únicamente el cese efectivo de la convivencia queda excepcionado en alguno de los supuestos del artículo 87 CC; éste no es el caso de autos. Por tanto hay, que concluir que no se trata de la posibilidad de ocupar dos viviendas, con cierta independencia de uso, (aunque hay un solo contador de gas, de electricidad, y un solo depósito de agua), sino poner remedio a una situación de anómala proximidad, origen de continuos conflictos entre los ex cónyuges, como refieren las denuncias posteriores a la separación y el testimonio del Policía Local don Eugenio. Consiguientemente el recurso del Sr. José Ramón, no puede prosperar.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No concurriendo una causa tan objetiva de extinción de la pensión alimenticia que haga pensar en la posible existencia de abuso de derecho o enriquecimiento injusto en el perceptor de la misma no procede conceder efectos retroactivos a la sentencia que la acuerda.

AP NAVARRA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Francisco Cobo Sáez

La exclusiva cuestión a dilucidar en la presente apelación, se centra en determinar, desde qué fecha han de ser materializados los efectos extintivos de la pensión alimenticia filial, a cargo de demandante, para la hija mayor del matrimonio la Sta. Paloma, nacida el 29 de julio de 1978, en la cuantía establecida en la sentencia de «modificación de medidas», de fecha 11 de julio de 1996. Pues se consiente por la parte interpelada, la madre de Paloma, es decir, la Sra. Dª Claudia, la decisión extintiva de la pensión alimenticia filial en cuestión.

En el escrito de recurso, con cita destacada y amplia de nuestra sentencia de 8 de marzo de 2002, se considera que en las circunstancias del caso, tales efectos extintivos, han de ser determinados al menos, desde el mes de febrero de 2002, –variando parcialmente cuanto se solicitó en la demanda, en la cual, tal cesación de la obligación de pago regular, se databa en el mes de marzo de 2001–, pues, desde tal fecha, según se argumenta en el recurso: «... resulta evidente incluso para la parte demandada, la ausencia de uno de los requisitos contemplados en el segundo párrafo del artículo 93 del C. Civil–, es decir que el beneficiario de la pensión alimenticia, conviva en el domicilio familiar, junto al atributario, de la obligación de pago a cargo del otro progenitor de la persona conviviente con el cónyuge, acreedor de la obligación de pago periódico.

Así planteado el recurso, y siendo la expresada su argumentación fundamental, el fundamento del mismo, no puede ser acogido. En efecto, la fundamentación de la decisión extintiva de la obligación de pago regular, se basa en la consideración, –en una valoración que podemos considerar como «progresiva»–, de la incorporación, de la hija común del matrimonio, a una actividad laboral retribuida en cuantía y tiempo suficiente, como para entender que ha alcanzado una independencia económica, valorando su edad y la consideración de que ha concluido su formación como «higienista dental», y en esta actividad profesional, ha desempeñado ya diversos trabajos. De modo, que no concurren la totalidad de indicaciones que se consideran en el párrafo segundo del artículo 93 del C. Civil, como para determinar la subsistencia de la pensión

alimenticia, en concreto, la carencia de «ingresos propios». Pero, los efectos de tal decisión extintiva, no pueden retrotraerse, ni a la fecha propuesta en la demanda, ni a la ahora establecida en el recurso. Como decimos, la situación que aquí consideramos, no es parangonable, –por la entidad de la actividad laboral, que allí desempeñaba, el beneficiario del deber de prestación alimenticia–, a la que valoramos en el precedente decisorio que se cita en el escrito de interposición de recurso. En este caso, no concurre una causa de extinción de carácter tan objetivo, como para determinar que exista un abuso de derecho, un enriquecimiento injusto, la mala fe, o la destinación de los alimentos a finalidades diversas a la atención de necesidades de carácter alimenticio. Es cierto y así se ha aceptado, tanto por ambos cónyuges, como por Paloma, en el acto de juicio celebrado el pasado 6 de mayo de 2003, que desde el 4 ó 5 de febrero de 2002, hasta pocas fechas antes de los San Fermines del mismo año, –probablemente el 5 de julio de 2002, Paloma, mientras trabajaba en «Clínicas Vitaldent»–, véase el informe de esta sociedad de responsabilidad limitada de fecha 16 de mayo de 2003, al folio 67 de las actuaciones–, convivió con su padre, y su hermano Mariano, en la vivienda de aquél en esta ciudad, y sin embargo, su madre, –no se olvide a tributaria de la obligación de pago regular–, continuó percibiendo la pensión alimenticia filial, en la cantidad ayuna de actualización ya señalada de 30.000 pesetass. Pero este período de convivencia, no genera *ope legis*, la extinción de la obligación de pago regular. La misma se funda, tal y como se argumenta con plena razón jurídica, en la sentencia de instancia, en la consideración que ya hemos calificado de «progresiva», acerca de la actitud de incorporación al mercado laboral de la Sta. Paloma, y la obtención, de algún tipo de independencia económica, que justifica, la inaplicación de la totalidad de reivindicaciones que para subsistencia de la pensión alimenticia filial se fijan en el ya citado párrafo segundo del artículo 93 del C. Civil. Por esta razón, y no por la aplicación de un criterio presuntivo, citado quizás con excesiva genericidad, en el párrafo penúltimo del epígrafe b) del fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia, ha de considerarse, que la decisión extintiva produce efectos *ex nunc*, es decir, desde la fecha de pronunciamiento de la sentencia de instancia.

Todo ello, sin perjuicio, de la facultad que asiste, al Sr. don Jesús Ángel, de reclamar frente a la atributaria del deber de pago (D.ª Claudia), por un posible «cobro de lo indebido», durante el tiempo, en que la hija común de los ahora litigantes, estuvo viviendo en Pamplona en el domicilio de su padre, y sin embargo, su progenitor, continuó pagando a su madre, la cantidad de 30.000 pesetas como pensión alimenticia filial (argumento *ex* artículo 564 de la LEC).

PENSIÓN ALIMENTICIA

Extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad al quedar acreditado sin género de duda alguno que éste lleva incorporado al mundo laboral al menos desde el 6 de julio de 2.001 a través de ocupaciones o empleos que se han ido sucediendo en el tiempo.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio María González Floriano

La Impugnación deducida por la parte apelada frente a la Sentencia recurrida descansa, asimismo, en el supuesto error en la valoración de las pruebas en el que habría incurrido el Juzgado *a quo* en orden al pronunciamiento adoptado en la Sentencia recurrida cuando acuerda la extinción de la pensión de alimentos establecida en la Sentencia de Divorcio a favor del hijo don Rosendo.

Pues bien, en relación con la expresada decisión, la Sala comparte los parámetros jurídicos –expuestos por el Juzgado de instancia– en los que tal decisión descansa que, en esencia, se corresponden con los motivos que se han señalado en el Fundamento Jurídico Tercero de la presente Sentencia para justificar, asimismo, la extinción de la pensión compensatoria que venía satisfaciéndose a D.ª Maribel. En este sentido, los razonamientos expuestos en la Sentencia recurrida sobre el particular que se examina serían suficientes, por sí mismos, para desestimar la Impugnación deducida por la parte apelada, no obstante lo cual interesa destacar que el Informe de Vida Laboral correspondiente a don Rosendo (folio 161 de los autos) advierte, indudablemente, que el alimentista accedió al mundo laboral en el año 2001 por medio de ocupaciones laborales desarrolladas durante ese año y en todos los sucesivos hasta la actualidad, si bien no de forma continua, pero sí pro-

gresiva y constante dilatándose en el tiempo, lo que, a su vez, acredita no sólo su incorporación efectiva al mundo laboral –y, consecuentemente, su aptitud para ello–, sino también la percepción de unos ingresos económicos en principio suficientes para cubrir sus necesidades esenciales. No se trata, por tanto, de una ocupación laboral precaria, esporádica o mínima (caracteres que sí aconsejarían el mantenimiento de la pensión de alimentos), sino de una ocupación que, siendo ciertamente discontinua, resulta que se viene produciendo de forma constante en cada anualidad. Por este motivo –y como ya ha tenido la oportunidad de establecer este Tribunal en casos análogos al presente–, el apartado 3 del artículo 152 del Código Civil contempla –como causa de extinción de la obligación de prestar alimentos– el que «el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia»; es decir, no se requiere, a los efectos de que proceda declarar extinguida la obligación de prestar alimentos, el que el alimentista desempeñe una ocupación laboral continua y efectiva, sino que es suficiente a este fin con que ostente una aptitud real para ejercer un oficio, profesión o industria, aptitud que, en el supuesto que se examina, concurre sin género de duda alguno ya que don Rosendo lleva incorporado al mundo laboral al menos desde el 6 de julio de 2001 (según consta en el Informe de Vida Laboral obrante al folio 161) a través de ocupaciones o empleos que se han ido sucediendo en el tiempo y percibiendo, por ello, unos ingresos que satisfacen suficientemente las necesidades propias para su subsistencia; todo lo cual autoriza a afirmar la virtualidad, pertinencia y oportunidad de la causa legal de extinción de la obligación alimenticia que ha sido acogida, de forma acertada, en la Sentencia recurrida. Consecuentemente, la Impugnación deducida frente a la Sentencia recurrida ha de ser desestimada.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No se acuerda la reducción de la pensión alimenticia del hijo menor solicitada a los 4 meses de ser fijada, al no apreciarse reducción del volumen de ventas del negocio de charcutería del obligado al pago, pues el informe pericial presentado no refleja comparativamente la evolución económica.

AP BADAJOZ, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Fidela Leonor Cercas Domínguez

La representación procesal de la parte demandante interpuso recurso de apelación por considerar que frente a lo determinado en la Sentencia de instancia, no puede hacer frente al pago de la pensión compensatoria establecida a favor de su mujer, así como a la totalidad de la cantidad acordada en favor de su hijo en concepto de pensión alimenticia, al haber sufrido una alteración sustancial en las circunstancias económicas tenidas en cuenta para el cálculo de las mismas; por ello, en el presente recurso solicita la revocación de la recurrida y que en su lugar se dicte otra, por la que teniendo en cuenta los extremos aducidos, se acuerde reducir la pensión de alimentos del menor a la cuantía de 180,30 euros y extinguir la pensión compensatoria establecida a favor de la Sra. Mariana, con condena en costas a la adversa.

De otro lado y por la representación procesal de la demandada se interesa la desestimación del recurso planteado y la confirmación íntegra de la Sentencia recurrida, con imposición de costas a la apelante.

El motivo de recurso que se plantea no puede prosperar; El supuesto que se examina, es la pretensión de la parte actora –ahora apelante–, de modificación de la medida correspondiente a las cantidad fijada por alimentos a favor de su hijo; Conforme al inciso final del artículo 91 del Código Civil, las medidas adoptadas por el Juez en las Sentencias de Nulidad, Separación y Divorcio, o en ejecución de las mismas, sólo podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias; prescripción que, en lo fundamental, coincide con la establecida en el artículo 775.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero. Ello es así porque un mínimo de seguridad jurídica, exige que la regla general es la inalterabilidad de esas medidas y la excepción su modificación (STC 86/1986), de forma que sólo podrá tener éxito la pretensión del cambio cuando se produzcan alteraciones permanentes, y no «meramente transitorias o contingentes», en los ingresos del deudor, sin que deban tenerse en cuenta las pequeñas fluctuaciones en la referida situación económica; sin olvidar, a mayor abundamiento, que cualquier cambio en las medidas que afecten a un hijo menor de edad, debe estar inspirado en el superior principio del *bonum filii*, como así lo consagra, en el marco de las normas

fundamentales inspiradoras de nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 39 de la Constitución, y que, a nivel de legalidad ordinaria, es desarrollado por los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 enero 1996, en cuanto que proclaman el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, así como la supremacía del mismo en cuanto pauta de actuación de los poderes públicos. Con carácter más concreto, los artículos 91 y 92 del Código Civil determinan que, en los supuestos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio de sus progenitores, las medidas judiciales serán adoptadas en beneficio de ellos y que dichas alteraciones sustanciales deben probarse cumplidamente ante los Tribunales.

Pues bien en base a ello, es de destacar que la resolución, donde se acordaron dichas medidas, en virtud de la conformidad manifestada por ambas partes, con respecto a las fijadas en la Sentencia de separación de fecha: 27 de junio de 2000, se dictó con fecha 24 de marzo de 2004, y la pretensión modificativa de las mismas, fue deducida por la parte actora, ahora apelante mediante demanda presentada con fecha 25 de julio del mismo año, es decir, habiendo transcurrido cuatro meses desde que las mismas fueron acordadas; lo que, con notoriedad, constituye un lapso de tiempo extremadamente breve como para poder afirmar que se ha alterado la capacidad económica del obligado, viéndose reducidos sus ingresos. Ninguna de las pruebas practicadas en el Incidente revelan, objetivamente, que, las circunstancias de todo orden concurrentes en ese momento, se hayan alterado significativamente cuatro meses después de dictada la citada Sentencia, puesto que, como así se recoge en la recurrida, aunque presenta en apoyo de su pretensión, informe pericial acerca de la disminución notable en el volumen de ventas en el negocio de charcutería que regenta el demandante, el mismo no refleja comparativamente la evolución en la situación económica desde que se adoptaron dichas medidas, sino que, en concreto, con respecto a la Charcutería del Sr. Abelardo, determina la valoración de ventas y stops en el verano de 2003; no pudiendo extraerse del mismo, así como del resto de la documentación presentada, al ser de fechas anteriores a la Sentencia confirmatoria de las medidas aceptadas por ambas partes, la pretendida variación sustancial en las circunstancias determinantes de la cuantía acordada en beneficio de su hijo, por lo que no procede la pretendida reducción en la pensión alimenticia establecida a favor del menor.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No resulta procedente fijar un límite temporal al abono de la pensión porque tal posibilidad no se encuentra prevista en el Código Civil ni se infiere de la regulación que, de los alimentos, establece el citado texto legal.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio María González Floriano

Con carácter general y, en orden a las medidas de naturaleza económica que, de ordinario, se establecen en las Resoluciones Judiciales Matrimoniales, interesa destacar que las mismas suelen alcanzar a tres conceptos que son absolutamente distintos: contribución para el sostenimiento de las cargas del matrimonio, pensión de alimentos a favor de los hijos y pensión compensatoria a favor del cónyuge a quien la separación o el divorcio ocasiona un desequilibrio económico en relación con la posición del otro. Estos tres conceptos ostentan una naturaleza diferente y no deben confundirse en la medida en que responden a necesidades singulares, propias y diferenciadas, de modo que los criterios para fijar las correspondientes cantidades respecto de unos u otros divergen porque su fundamento es distinto. En el supuesto que se examina, la pretensión que la parte actora ejercitó en la Demanda quedó centrada en la modificación de la medida correspondiente a la cantidad fijada en la Sentencia 197/2003, de 4 de octubre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de los de Cáceres en los autos de Juicio de Divorcio seguidos con el número 181/1993, en concepto de alimentos a favor del hijo habido en el matrimonio, hoy mayor de edad, don Ángel Jesús, respecto de la que se pretende, con carácter principal, su extinción o supresión y, subsidiariamente, su reducción, su limitación temporal y la modificación del factor de actualización de la misma.

Conforme al inciso final del artículo 91 del Código Civil, las medidas adoptadas por el Juez en las Sentencias de Nulidad, Separación y Divorcio, o en ejecución de las mismas, podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias; prescripción que, en lo fundamental, coincide con la establecida en el artículo 775.1 de la vigente Ley de

Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, cuando dispone que el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. Debe indicarse, asimismo, que, pretendiéndose la modificación de la medida referente al importe cuantitativo de la prestación de alimentos fijada a favor de los hijos, ha de atenderse a lo establecido en el artículo 147 del Código Civil, por cuya virtud los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior (la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe), se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos, sin que deba olvidarse que, respecto de la prestación alimenticia, los parámetros que la orientan son dos: por un lado, la capacidad económica de quien viene obligado a prestarlos y, por otro, las necesidades de quien o quienes han de recibirlos, así como que, en caso de que los beneficiarios sean los hijos, la obligación de alimentarlos (alimentos en sentido jurídico) corresponde a ambos progenitores.

A la luz de las consideraciones preliminares que se acaban de indicar, este Tribunal comparte la hermenéutica apreciativa desarrollada por el Juez *a quo* en la Sentencia recurrida, que descansa en una valoración lógica y racional de las pruebas practicadas en el Procedimiento. El Juzgado *a quo* ha analizado de forma conjunta la prueba practicada en el Procedimiento en una exégesis apreciativa razonada y razonable, llegando a una decisión correcta, que objetivamente se corresponde con los resultados de las pruebas practicadas y con las reglas generales que, sobre la carga de la prueba, establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esta manera, insistir en el análisis de dichas pruebas no supondría más que redundar innecesariamente sobre las mismas cuestiones para llegar indefectiblemente a conclusiones idénticas a aquellas que recoge la Sentencia recurrida.

Efectivamente, sin perjuicio de reiterar que la decisión adoptada en la Sentencia recurrida resulta –a juicio de este Tribunal– absolutamente correcta, cabría significar –en relación con la pensión alimenticia, que se mantiene en los términos en los que viene satisfaciéndose– que la circunstancia de que los hijos alcancen la mayoría de edad en absoluto determina la extinción de la referida obligación económica y, de hecho, el segundo párrafo del artículo 93 del Código Civil establece que, si convivieren en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código. Por otro lado, el hecho de que los hijos hayan desempeñado alguna ocupación laboral tampoco supone, por sí mismo, la extinción de la tan repetida obligación, cuando el trabajo realizado (como sucede en el presente caso, y así ha resultado acreditado con el Documento señalado con el número 11 de los acompañados a la propia Demanda) es esporádico y discontinuo, que impide gozar de la necesaria independencia económica, la cual sí demandaría la extinción de la obligación alimenticia, lo que aquí no acontece. A este efecto, como causa de la extinción de la obligación de dar alimentos, el apartado 3 del artículo 152 del Código Civil contempla el supuesto de que el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia; es decir, esa innecesariedad de recibir la pensión de alimentos resulta abiertamente incompatible con la precariedad en el empleo, o, lo que es lo mismo, con situaciones de trabajos esporádicos y de cuantía objetivamente reducida, que es lo que aquí sucede y que exige el mantenimiento de la medida.

En apoyo de su tesis, la parte actora apelante afirma que se ha modificado, tanto la capacidad económica del obligado a prestar alimentos, como las necesidades de quien tiene derecho percibirlos porque el hijo ha alcanzado una formación académica que le permite buscar y encontrar trabajo. Pues bien, en orden al primero de los factores apuntados, no se ha acreditado que el demandante haya visto disminuidos sus ingresos económicos, sino más bien que tales ingresos económicos se han mantenido actualizándose anualmente, de la misma manera que se ha actualizado –e incrementado– la pensión de alimentos establecida a favor del hijo por cuanto que dicha actualización se encuentra en función, precisamente, del aumento de las percepciones salariales del demandante, circunstancia que se encuentra documentalmente acreditada conforme a la Certificación de Caja Duero que obra al folio 136 de los autos. Se afirma, asimismo, que el actor se ha visto en la necesidad de endeudarse, solicitando distintos créditos con el fin de abonar la pensión alimenticia, lo que tampoco ha resultado acreditado. En efecto, si bien el actor ha alegado que ha tenido que solicitar distintos créditos, en momento alguno se ha probado el objeto de los mismos ni las fechas en las que se solicitaron y concedieron. Incluso, en la Certificación de Caja Duero de fecha 11 de julio de 2003 (Documento señalado con el número 7 de los acompañados a la Demanda), donde se relacionan las operaciones crediticias concertadas, no se indica la fecha de los préstamos ni su objeto, pero es que,

además, en dicha Certificación, se señala, de forma expresa –y citamos literal–, que «todas las operaciones de préstamos se le vienen refinanciando desde el año 1993, por no poder cancelarlas en su totalidad debido a la insolvencia económica que arrastra desde ese año, estando en muchísimas ocasiones en ficheros de morosos del Banco de España el ASNEF y otros», lo que significa que los créditos fueron solicitados con anterioridad al año 1993 o ese mismo año, en el cual se obtuvo, a instancia del actor y sin oposición de la codemandada, Dª. Gabriela, el Divorcio del matrimonio mediante Sentencia de 4 de octubre de 1993, donde se estimó la Demanda que interpuso el entonces y ahora demandante y donde se fijaba el importe de la pensión cuya supresión o reducción se pretende. Luego la necesidad de esos créditos no estaba en función del abono de la pensión de alimentos, porque, necesariamente, tales préstamos han de ser anteriores a la Sentencia de Divorcio, de ahí que, a partir de ese año, los préstamos se refinanciaran –como se indica en la Certificación de Caja Duero– que no señala, sin embargo, que se concedieran a partir de esa fecha como tampoco la fecha de su solicitud.

Sobre la modificación de la aptitud del hijo para acceder al mercado laboral y obtener un empleo, la Sala no puede compartir el criterio de la parte apelante. Se considera, en este sentido, que el Informe facultativo que obra al folio 82 de los autos es legítimo sin que se advierta motivo alguno para dudar de la certeza de las consideraciones médicas que contiene. Pero es que, además, este documento no ostenta la trascendencia que pretende atribuírsele. Efectivamente, la Certificación Académica de F.P. específica (folio 144 de los autos) acredita que el hijo mayor, don Ángel Jesús, ha superado el Ciclo Formativo ELE-22 (Equi. Inst. Electrotécnicas) Grado Medio de la familia profesional Electricidad, lo que –según expresa el citado certificado– le permite, bien el acceso a estudios de bachillerato o bien el acceso a determinadas profesiones reguladas. Es decir, la superación de ese ciclo formativo no determina sin más la aptitud del hijo para acceder al mercado laboral y menos aún la seguridad de obtener un empleo inmediato o a corto plazo, de modo que, al haberse acreditado que, en la actualidad, don Ángel Jesús se encuentra matriculado en el año académico 2003/2004 en el curso de primero de bachillerato (folio 79 de los autos), no se está sino completando su formación educativa para lo que le ha habilitado, precisamente, superar el ciclo de formación profesional.

En definitiva, ni se ha modificado la capacidad económica del demandante, ni se ha alterado la situación laboral del hijo, acreedor de la pensión de alimentos, por lo que, sin duda alguna, resulta improdecente la supresión de la misma, como improcedente resulta, igualmente, la reducción de su importe en la medida en que la cantidad que abona el actor resulta proporcionada a los ingresos que percibe, en tanto que las necesidades del hijo no se han visto alteradas. Recuérdese que, para la viabilidad de la modificación de las medidas definitivas que se hubieran adoptado en los Procesos Matrimoniales, se precisa, como requisito esencial e insoslayable, el que se haya producido una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas (artículos 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 90 y 91 del Código Civil), alteración sustancial de las circunstancias que no se ha producido en el supuesto que examinamos, habida cuenta de que, en la Sentencia dictada en el Juicio de Divorcio, ya se tuvo en cuenta la situación laboral y patrimonial del ahora demandante, que es análoga a la actual.

No resulta procedente tampoco fijar un límite temporal al abono de la pensión porque tal posibilidad no se encuentra prevista en el Código Civil ni se infiere de la regulación que, de los alimentos, establece el citado Texto Legal. En este sentido, el artículo 147 del Código Civil dispone que los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos. De modo que, si –si como se ha razonado– la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentista no han variado, no cabe modificación alguna en el importe de la pensión, como tampoco, lógicamente, fijar un límite temporal a su devengo.

Finalmente, no resulta viable la modificación del factor de actualización del importe de la pensión por dos motivos: de un lado, porque no se ha justificado la razón que ampararía esta alteración que fue establecida en la Sentencia de Divorcio presentada –insistimos– a instancia del propio demandante sin oposición de la codemandada, Dª. Gabriela, y, de otro, porque si su objeto es aminorar el importe de las sucesivas actualizaciones, ello redundaría en perjuicio del hijo de forma absolutamente injustificada, sin perjuicio de afirmar que el incremento de la pensión en función de las variaciones que experimenten las percepciones salariales del demandante constituye un factor absolutamente equitativo y, por tanto, correcto.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se mantiene la pensión por cargas familiares impuesta al padre, pues aunque no consta que realice trabajo alguno, no está en la indigencia al costearse consultas médicas particulares y representación y defensa en el litigio sin acudir a la justicia gratuita.

AP TERUEL, SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Fermín Francisco Hernández Gironella

En último término, impugna la parte recurrente el pronunciamiento relativo a la determinación de su contribución al levantamiento a las cargas familiares, que pese a reducir la misma a la mitad, estima todavía excesiva en atención a su carencia total de ingresos, solicitando se deje sin efecto toda contribución por alimentos; sin embargo, tampoco esta pretensión puede ser acogida por la Sala, y ello porque el propio artículo 93 del C. Civil, obliga al Juzgador a determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer alimentos a sus hijos menores, y si bien es cierto que no consta en las actuaciones que el recurrente realice trabajo alguno retribuido, su *status* de vida actual tampoco permite constatar que se encuentre en indigencia, y así, se puede constatar, como señala la sentencia recurrida, que el recurrente ha podido acudir a consultas particulares de médicos, o costearse la representación y defensa en este litigio, sin necesidad de acudir al beneficio de Justicia Gratuita, no debiendo olvidarse que en el año dos mil dos percibió nueve millones de pesetas por la venta de la vivienda familiar, y que la obligación que se le ha impuesto tiene un contenido casi simbólico, en cuanto que con una cantidad tan exigua (noventa euros mensuales) difícilmente puede atender mínimamente a las necesidades de dos hijos menores de edad; procediendo por todo ello la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Al no haberse producido ningún cambio sustancial de circunstancias no procede fijar limitación temporal a la pensión compensatoria que se estableció en la separación.

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Roque Villamor Montoro

Es objeto de controversia la pensión compensatoria fijada en la sentencia dictada que viene a limitar a dos años la que fue fijada sin limitación en la anterior sentencia de separación de fecha 22 de febrero de 1999, interesándose por la representación del pagador su supresión absoluta al entender que se ha producido una modificación sustancial en las circunstancias, concretamente una minusvalía del 8%, habiendo estado de baja y después en situación de desempleo, llegando a hipotecar su casa, en tanto que la acreedora ha mejorado trabajando en el campo o percibiendo el subsidio agrícola y convive con el hijo mayor que trabaja.

Por su parte, la representación de la esposa, entiende que la pensión ha de permanecer inalterable al no haberse solicitado por ninguna parte que se fijara con carácter temporal y por reconocer la propia sentencia que no han cambiado las circunstancias tenidas en cuenta en su día para fijar esta medida.

Por exigencia de los artículos 90 y 100 del Código Civil y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las medidas fijadas en la anterior sentencia de separación han de mantenerse salvo que se acredite una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su día para la adopción de la que pretende modificar. Esto en el caso que nos ocupa puede proceder tanto de un empeoramiento de la situación económica del pagador, como de una mejora de la acreedora. Comenzando por esta última, podemos decir que ha de descartarse por las siguientes razones:

– Si cuenta con ingresos por trabajo personal en el campo, esto ya era tenido en cuenta en el convenio en la que se indica que es trabajadora agrícola, de forma que si trabaja ahora, ya trabajaba en la misma actividad en aquella época, sin que pueda afirmarse que los ingresos son superiores ahora a los que tenía en su momento, con la particularidad de que, de lo

declarado por el hijo, parece ser que trabajaban todos en una empresa familiar.

– La titularidad de las dos casas que se alegan, el propio recurrente reconoció en el acto del juicio que las recibió como titular exclusiva con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales, percibiendo él en contraprestación la nave donde se desarrollaba su actividad esa empresa, con lo que ninguna relevancia puede tener aquí a la hora de afirmar una modificación de circunstancias, ni siquiera sustancial.

– En cuanto a la convivencia de la acreedora con un hijo mayor que trabaja y que puede ayudarle a mantener la casa, no se puede olvidar que es al pagador, no a los hijos u otros parientes, al que le compete hacer frente a la situación de desequilibrio en que quedó la acreedora tras la separación, que vino a reconocer al suscribir el convenio en el que la pensión se fijaba, y en esta obligación no puede pretender ser sustituido por el hijo, ni por otra persona, fuera de casos de nueva convivencia estable como pareja con otra persona.

Respecto a la situación del pagador, desconocemos en términos exactos la situación económica contemplada a la fecha de la separación, pero es que igualmente podemos decir de la actual y de necesaria referencia para resolver cuanto aquí corresponde. Efectivamente se dice y se acredita que tiene reconocida una minusvalía del 8% que afecta a una mano, pero ello sería relevante en la medida que le impidiera desempeñar su actividad profesional habitual, siendo así que en el convenio se indicaba que era «comercial», lo que, en principio, no puede hacer pensar que esa minusvalía le impida desarrollar esa actividad, y buena prueba de ello sería la situación ante la Seguridad Social, sigue de alta como trabajador por cuenta ajena. Por otra parte, los testimonios de los hijos no indican ni cambio de actividad, ni falta de trabajo, sino de continuidad en la venta ambulante y en la mediación en «tratos», siendo ambas de difícil control a efectos de computar efectivamente los ingresos reales.

Sobre la constitución de hipoteca por 9 millones de principal que agrava su situación económica, resulta de la documental aportada (nota simple del Registro de la Propiedad) que vino a sustituir a otra hipoteca anterior que por un capital de 5 millones de pesetas gravaba vivienda que compró como privativa, y el mismo ha venido a decir que era para pagar esa previa hipoteca, lo que se le reclamaba en la ejecución de la anterior sentencia de separación y otras deudas que tenía. Pero es que, por último, nada se dice sobre el destino del almacén que le fue adjudicado al recurrente al disolver la sociedad legal de gananciales.

Queda por último referirnos al carácter temporal de la pensión compensatoria, para, en principio, convenir con la sentencia recurrida en que no tiene por qué tener un carácter indefinido, estando imponiéndose en la práctica la fijación de un límite temporal en la medida que efectivamente sirve para permitir un período transitorio al cónyuge que queda en peor situación económica para que vaya alcanzando una autonomía económica, evitando en la medida que sea posible marcadas diferencias respecto a la situación constante el matrimonio. Ahora bien, aun siendo esto así, no puede perderse de vista de que aquí se está en presencia de una pensión compensatoria fijada en convenio regulador en 1999 sin ningún tipo de limitación temporal, y como antes se indicó, la modificación de las medidas vigentes, también la pensión compensatoria, requiere una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su día, y como quiera que es la propia sentencia la que entiende que no se produce esa alteración, desaparece el presupuesto de hecho habilitante para cualquier tipo de modificación, en el presente caso, para darle carácter temporal a aquélla. En este sentido el recurso de la Sra. María Ángeles, con revocación de la sentencia en ese solo extremo.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Disminución de la cuantía de la pensión compensatoria y establecimiento de un límite temporal al haber incrementado sus necesidades el obligado a su pago como consecuencia del nacimiento de un nuevo hijo.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luís Valdivieso Polaino

No compartimos el criterio del Juzgado de que no ha habido un cambio de circunstancias importante. Tras la separación, el señor David inició convivencia con otra mujer, de la que tuvo un hijo, nacido el día 8 de marzo de 1997. De acuerdo con el planteamiento de considerar las cosas desde el punto de vista de la

modificación de circunstancias, se ha discutido si, a la fecha de la firma del convenio regulador, 23 de julio de 1996, ya tenía conocimiento el señor David de que iba a ser padre. Pero tal cosa no se ha demostrado en absoluto y lo cierto es que dicho señor tiene ahora un hijo de corta edad, a cuyo sostenimiento ha de contribuir claramente, sobre todo teniendo en cuenta que los ingresos de la madre del niño son escasos, pues es pensionista de invalidez, con una pensión que en 2003 era de 339,61 euros al mes.

El Juzgado sostiene que tener un hijo fue un acto voluntario para el señor David, realizado cuando conocía su situación y sus obligaciones, sin que pueda el mismo repercutir negativamente en tales obligaciones, pues aunque no pueden dejarse de atender las necesidades del hijo recién nacido, no se alega ni se acredita que dichas necesidades sean extraordinarias o excesivamente gravosas ni que no se puedan cubrir sus necesidades más primarias, única circunstancia que podría hacer cambiar la pensión reconocida a favor de la señora Rebeca.

Estos puntos de vista del Juzgado no los compartimos en absoluto. Dejando a un lado si tener un hijo es un acto voluntario o no, lo cierto es que tener un hijo es algo a lo que el señor David tenía y tiene perfecto derecho, sin que ello pueda dejar de repercutir sobre los derechos de otros hijos o del cónyuge o ex cónyuge. Negar esa posibilidad de repercusión equivaldría a no atender debidamente las necesidades del hijo, a someter al padre a unas estrecheces injustificadas e incompatibles con el hecho de que tener un nuevo hijo es algo completamente legítimo, que no puede recibir el menor reproche, ni formalmente ni por la mera vía de hecho de no tener en cuenta tal circunstancia a efectos de la situaciones preconstituidas. La forma de razonar del Juzgado no concuerda bien con el designio de la regulación jurídica de las crisis matrimoniales, que se endereza a permitir que los interesados rehagan su vida y puedan formar una nueva familia. Tampoco es muy adecuada para una sociedad como la española con uno de los índices de natalidad más bajos del mundo.

Por tanto, la existencia ahora de un hijo del ya ex marido puede tener influencia en la existencia y en la cuantía de la pensión compensatoria. No hace falta, a dicho efecto, que se pruebe que sus necesidades sean extraordinarias o excesivamente gravosas ni que el hijo esté en situación precaria y que no se pueden cubrir sus necesidades más primarias. Es evidente que toda persona tiene unas determinadas necesidades, a las que ha de atenderse con los recursos económicos correspondientes, aunque sean necesidades corrientes.

Sí es cierto que no ha de producirse repercusión alguna sobre la situación preexistente cuando la persona obligada tiene recursos suficientes como para atender las obligaciones antes asumidas o impuestas y las que representa siempre el nacimiento de nuevos hijos. En los demás casos, la existencia de esos nuevos hijos es causa suficiente para la modificación de las medidas acordadas con anterioridad.

En el presente caso, los ingresos que nos constan del señor David no son altos. Trabaja en una empresa llamada Luis Soriano, SL, en la que sus ingresos son, como decimos, módicos. El salario en el mes de enero de 2002 fue de 1.097,35 euros netos al mes y en mayo de 2003 de 1.169,18 euros, también netos. Las cantidades mencionadas se toman de las nóminas de dichos meses e incluyen las partes proporcionales de las pagas extraordinarias que en ellas figuran (previa deducción del porcentaje de retención a cuenta del impuesto sobre la renta). Según certificación empresarial, el salario en 2002 fue de 1.327,69 euros mensuales brutos. Si se deduce de esta cantidad el mismo porcentaje por retenciones que se aplica en la nómina de enero de 2002 (el 17,35 por ciento en total), resulta un neto de 1.097,34 euros al mes. En los 5 primeros meses de 2003, los ingresos del señor David fueron de 1.183,88 euros al mes brutos, aunque esta cantidad es poco reveladora, aparte de porque es bruta, ya que no comprende la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Es por ello más clarificadora la nómina de mayo de 2003, a partir de la cual se puede calcular el neto percibido, incluyendo la parte proporcional de aquellas pagas, de manera que partiremos aquí de que los ingresos mensuales del ex marido en 2003 eran los expuestos de 1.169,18 euros. Evidentemente, se consideran como ingresos netos las cantidades que son retenidas para pago de deudas generadas por el impago, con anterioridad, de la pensión compensatoria. Deducido el importe de la pensión compensatoria fijada por el Juzgado, al señor David le quedarían 794,81 euros al mes.

Se sostiene por la ex esposa que el apelante tiene otros ingresos adicionales, no reflejados en las nóminas, habiendo explicado en el juicio la señora Rebeca que, cuando estaban casados, les sobraba el dinero y podían efectuar numerosos gastos no necesarios. Se ha invocado incluso una sentencia del Juzgado número 3 de Terrassa, confirmada por la Sección 14.ª de esta Audiencia, en la que se hacía referencia a que era inverosímil que el señor David tuviese sólo los ingresos que él decía, porque no parecía que, con sólo esos ingresos, se hubiese podido constituir un patrimonio como el que los cónyuges reunieron y tenían cuando se produjo la separación. En aquella sentencia se ventilaba la pretensión del allí actor de que se considerase pagada a tanto alzado la pensión compensatoria, a lo que se respondió negativamente porque no había pruebas directas y porque el salario del señor David no podía considerarse una prueba indiciaria tampoco, dado que podía dudarse que fuese el que él afirmaba. Pero una cosa es considerar que el salario no es un indicio de algo de lo que no hay pruebas directas y otra considerar si es seguro

que el salario es superior al que formalmente es, a los efectos de fijar una pensión compensatoria o, si se quiere, de mantenerla cuando existen determinadas necesidades. Por otra parte, el salario del señor David pudo haber sido superior en el pasado, en la época de la separación o en la época en que se formó el patrimonio de los cónyuges. Fue en el pasado cuando se adquirieron los bienes en cuestión y de lo que se trata aquí es de ponderar la situación actual. Ahondando más sobre el salario real que pueda percibir el ya ex marido, lo cierto es que la esposa, que vivió con él durante 16 años, no ha dado muchas explicaciones sobre la actividad del señor David, que expliquen que tenga esos grandes ingresos que le imputa. Queremos decir que una persona que convive con otra normalmente sabe a qué se dedica, cuál es su actividad profesional y puede proporcionar, por tanto, datos que expliquen unos ingresos mucho más altos que los oficiales. Si, por ejemplo, conoce que el interesado es, sólo, un peón no cualificado, difícilmente podrá explicar por qué tiene altos ingresos. Pero en este caso no se ha dado una explicación sobre la actividad del ex marido que justifique por qué puede tener ingresos más altos que los que constan oficialmente. Por otro lado, el señor David imputa a su ex esposa haber trabajado durante el matrimonio, en el ramo de la confección concretamente y haber contribuido por tanto a formar el patrimonio común.

Dadas las circunstancias expuestas, no podemos considerar probado que el señor David tenga mayores ingresos que los que aparecen en sus nóminas. No tenemos la seguridad de que ello sea así. Podrá ser inverosímil que, con un sueldo como el suyo, pudiese adquirir determinados bienes. Pero lo cierto es que, ahora, a los efectos de mantener una obligación como la fijada por el Juzgado, no puede considerarse acreditado que sus ingresos sean superiores a los que resultan de los documentos por él aportados.

Por lo que concierne a los gastos, en la actualidad el señor David no tiene gastos de vivienda, porque reside en la de su compañera sentimental, de la que ésta es titular de la mitad de la nuda propiedad, siendo el usufructo de los ex suegros de dicha compañera sentimental.

Por lo que concierne a la situación de la señora Rebeca, la misma no trabaja. Ella niega que trabaje, no aparece dada de alta en la Seguridad Social y no se han probado las afirmaciones del señor David de que trabaje clandestinamente, ni de que lo haga en el ramo de la confección, en un taller de su hermana. Es verdad que puede considerarse extraño que una persona que no cuenta con más ingresos que los provenientes de la pensión compensatoria, no haya intentado obtener más rendimientos de su patrimonio (sólo manifestó tener arrendada una plaza de aparcamiento), máxime teniendo en cuenta que durante cierto tiempo al menos, aquella pensión no le fue pagada a la señora Rebeca, lo que motivó que se entablase una ejecución contra el obligado. Tal circunstancia podría llevar a pensar que cuenta con ingresos no confesados, aun cuando la verdad es que no tenemos seguridad alguna al respecto, sobre todo teniendo en cuenta que la interesada también recibió dinero y podría haberse mantenido con cargo al mismo, aun cuando nada al respecto se ha intentado acreditar.

Sí es cierto lo que dice el recurrente respecto al patrimonio que recibió su ex esposa cuando se produjo la separación. Se le transmitió la mitad perteneciente al esposo de todos los inmuebles: la vivienda familiar, de 99 metros cuadrados y con 4 habitaciones, tres plazas de aparcamiento y dos trasteros. También se le transmitió un vehículo marca Suzuki, matrícula de Barcelona serie MF, una caravana que la interesada dijo haber vendido por 250.000 pesetas y unos 9 millones de pesetas. Todo esto era ganancial y, por tanto, a la señora Rebeca le pertenecía, ya por derecho propio, la mitad. Ése es, por tanto, el patrimonio que recibió la ex esposa, del que conserva cuando menos los inmuebles.

También es verdad que, si la señora Rebeca efectuó intentos de obtener un trabajo, no tuvieron resultado alguno. El apelante le imputa que realmente no ha tenido voluntad de encontrar trabajo. Es verdad que, al solicitar trabajo en el Instituto Nacional de Empleo o Servei d' Ocupació de Catalunya, no hizo constar que pudiera trabajar en la confección, lo que habría sido significativo en el caso de que, realmente, la señora Rebeca hubiese tenido una profesión relacionada con la confección. Pero eso no está bien acreditado, sino sólo, a lo más, indiciariamente. Porque fue preguntada en el juicio sobre su profesión y ella respondió que tenía una máquina de coser en casa, con la que cosía parte de su ropa y si alguna vez ha hecho algo. Esta expresión fue enigmática y no se ahondó en lo que quería decir con ello la señora Rebeca, cuya declaración estuvo llena de reticencias.

Lo que sí resulta cierto es que el Servei d' Ocupació convocó a la señora Rebeca en 42 ocasiones con vistas a proporcionarle un empleo, lo que no resultó posible en ningún caso, por una serie de circunstancias que constan en el informe remitido. Desde hace más de 7 años, por tanto, la ex esposa no ha podido procurarse ningún trabajo.

No se ha probado, por otra parte, en modo alguno, que doña. Rebeca mantenga relación marital con nadie. Lo único que dijo fue que tenía amistades, pero nada más. De ello no puede sacarce la menor conclusión en el sentido que le interesa al recurrente.

Así las cosas, ha de partirse de que la situación económica del ex marido es mejor que la de la ex esposa. Pero ha de tenerse presente, en primer lugar, que no siempre la pensión compensatoria ha de prolongarse por tiempo indefinido, que en este caso el

matrimonio duró 16 años, que la separación data de hace más de siete años y desde entonces la ex esposa ha estado percibiendo la pensión compensatoria o la percibirá ejecutando la sentencia de separación. Por otra parte, la señora Rebeca dispone de cierto patrimonio, del que puede obtener algunos ingresos, por la vía de arrendar las tres plazas de aparcamiento que constan como suyas en la escritura de liquidación del régimen económico matrimonial. Tampoco hay constancia alguna de que esté incapacitada para trabajar ni de que lo haya estado desde que se produjo la separación, cuando ella tenía 48 años de edad. Cree la sala que, en tales condiciones, no resulta indicado que el señor David sea obligado a pagar vitaliciamente a su ex esposa una pensión como la establecida por el Juzgado, teniendo en cuenta que dicho señor percibe un salario que no se ha demostrado que sea superior al que se ha expuesto anteriormente y que tiene un hijo de corta edad al que ha de mantener.

De ahí que se considere procedente, primero disminuir la pensión a la cantidad de 180 euros al mes y, en segundo lugar, limitar su duración a 4 años a partir de la fecha de las sentencias de primera instancia.

Los efectos de lo que ahora se acuerda han de ser desde la fecha de la sentencia de primera instancia, como es siempre regla cuando se revoca una sentencia y salvo que otra cosa se disponga. No es preciso que tal cosa se diga en la parte dispositiva de la sentencia, pero no sobra precisarlo, para evitar discusiones e incertidumbres.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Extinción de la pensión compensatoria al superar los límites del mero noviazgo la relación afectiva que mantiene con un tercero la beneficiaria de dicha pensión.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Nuria Zamora Pérez

El segundo motivo del recurso lo constituye el mantenimiento de la pensión compensatoria, a favor de la mujer, la cual debería suprimirse por dos razones. En primer lugar por convivir la mujer maritalmente con una tercera persona. En segundo lugar, y con carácter subsidiario respecto al motivo anterior, por considerar que se ha producido un cambio sustancial de circunstancias al haber accedido la mujer a un puesto de trabajo remunerado, lo que ha hecho desaparecer el desequilibrio económico que pudo originar la separación, o en su defecto, reunir la mujer las condiciones necesarias para acceder a ese puesto de trabajo, lo que no hace por mera comodidad o conveniencia personal.

En cuanto al primero de los argumentos expuestos hemos de recordar que la sentencia de instancia parte del hecho de que Paula mantiene una relación afectiva con otra persona, si bien la califica únicamente de noviazgo por ende no equiparable a la convivencia *more uxore* que exige el artículo 101 del Código Civil para extinguir la pensión compensatoria.

Como acertadamente apunta la parte apelante, la distinción entre una y otra relación sentimental es cosa de matices, en ocasiones difíciles de precisar, de fijar un límite entre una y otra en particular en la sociedad actual en la que se sigue calificando de «noviazgo» relaciones en las que los pretendidos novios asumen derechos y obligaciones análogas a las que derivarían de una convivencia asimilada al matrimonio. Tal es la circunstancia que se aprecia en el caso de autos y que viene avalada por la continuidad y pervivencia en el tiempo, por el hecho de que el compañero sentimental de la Sra. Paula pernocte con cierta asiduidad en el domicilio de ésta, hasta el punto que él mismo tiene la convicción de que ése es el domicilio habitual, tal y como manifiesta al concertar el contrato de arrendamiento de 1 de octubre de 2002. Arrendamiento que viene referido a una casa ubicada en Santo Adriano, la cual tuvo alquilada por un período de cuatro meses desde el 15 de julio del 2000. Pues bien, cabría preguntarse dónde ha vivido el «novio» de la Sra. Paula desde que finalizó este contrato hasta que se concierta el nuevo.

A ello ha de aunarse que si bien es verdad que en el caso de autos no nos hallamos ante un desahucio de la vivienda arrendada por el compañero sentimental de la Sra. Paula, por desocupación, los recibos relativos a consumos de suministros son significativos en cuanto al hecho de que la vivienda está desocupada y en consecuencia dicha persona ha de vivir habitualmente en otro lugar, a falta de una aclaración y prueba al respecto la única presunción racional es la de que ese lugar es el domicilio de la demandada.

Lo anteriormente expuesto lleva a la convicción de que la relación afectiva que mantiene la Sra. Paula con esa tercera persona supera los límites del

mero noviazgo, en el sentido tradicional, hallándonos ante el supuesto de una relación afectiva análoga al matrimonio y que justifica la pérdida de la pensión compensatoria.

La extinción de la pensión compensatoria por el motivo anteriormente expuesto hace innecesaria cualquiera otra consideración respecto a la causa invocada con carácter subsidiario.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede fijar pensión compensatoria cuando la fijada temporalmente en el convenio regulador se extinguió por el transcurso del tiempo.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio López Carrasco Morales

Menor razón asiste a la demandada para solicitar el abono de pensión compensatoria, pues si bien el pacto sexto del Convenio suscrito el 27 de octubre de 2000 expresaba haber desequilibrio económico, no obstante la prestación fue negociada en 35.000 pesetas durante seis meses, y 20.000 ptas. por otros siguientes seis meses, de manera que tal voluntad negocial ha de ser tenida en cuenta en sede de los artículos 97 y 99 del Código Civil, y de conformidad con la doctrina jurisprudencial emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 (AR-9174) que caracteriza tal pensión compensadora como derecho dispositivo, que por no afectar a los hijos puede ser renunciado, transigido o compensado. Pero es más, afirma la recurrente en su escrito del recurso, que tiene actual pareja, lo que en virtud de la disposición del artículo 101 párrafo primero CC, impide su reconocimiento, al equivaler tal relación a vida marital, excluyente del derecho. El motivo, no puede prosperar por tales razonamientos.

CONVENIO REGULADOR

De haberse prestado el consentimiento al negocio jurídico en que consiste el convenio, de forma viciada, podrá el cónyuge perjudicado instar a través del correspondiente procedimiento la oportuna declaración de nulidad, pero no siendo éste el caso, de nada sirve alegar ahora la posible existencia de vicios o defectos del consentimiento.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María García Esquius

La Sra. Flora discrepa de todos los pronunciamientos de la sentencia objeto de recurso, y por lo tanto argumenta reproduciendo lo peticionado en su escrito de contestación a la demanda y reconvención, la procedencia de fijar mayor pensión de alimentos a favor de los hijos, por haber incurrido la juzgadora de instancia en error en la valoración de la prueba, el reconocimiento del derecho a pensión compensatoria y el establecimiento de una pensión por cargas.

Constituye antecedentes inmediato de los hechos la precedente sentencia de separación dictada en fecha 11 de mayo de 2001, por la que se homologó el Convenio suscrito el 3 de enero de 2001 por los cónyuges acordándose respecto a los alimentos de los hijos comunes de la pareja que el padre abonaría la cantidad mensual de 45.000.– pesetas para cada uno (los hijos de la pareja son dos), más la mitad de los gastos extras. Asimismo se pactó el abono por el Sr. Luis Ángel a la Sra. Flora de una pensión compensatoria de 50.000 pesetas mensuales por un período de 24 meses y en concepto de contribución a las cargas, el Sr. Luis Ángel había de abonar mensualmente la cuantía que corresponde como amortización del préstamo y tarjetas de crédito vigentes a la fecha del documento,

la cantidad trimestral de 75.000 pesetas y los gastos del tratamiento de ortodoncia de la hija Mariona, así como los recibos de inglés del curso 200-2001. La sentencia de instancia ha establecido como medidas reguladoras del divorcio las mismas que se fijaron en el proceso de separación, incluso recogiendo la expresa referencia al tratamiento de ortodoncia de Mariona.

Pero la apelante pretende el incremento, más allá del IPC desde 2001 –como se recoge en la sentencia–, de la pensión de alimentos aumentándola a la suma de 60.000 pesetas mensuales para cada hijo y también el mantenimiento de la pensión compensatoria más allá de la limitación temporal pactada y el aumento, injustificado, de la pensión por cargas.

Los pactos alcanzados por los cónyuges en un previo convenio de separación, pactos que no siendo contrarios a la ley, la buena fe o las normas de orden público, recibieron la aprobación judicial al ser homologados por sentencia, deben ser respetados y cumplidos. La fuerza vinculante del pacto no puede limitarse exclusivamente al momento puntual de su suscripción, sino que tiene una clara vocación de futuro de tal manera que, salvo que se acreditara de forma clara que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias existentes al momento de alcanzarse los acuerdos sobre los efectos de la ruptura matrimonial, aquellos efectos y las medidas oportunas adoptadas como consecuencia de ellos, han de ser respetados y no sólo por quienes los suscribieron libre y voluntariamente, sino también por el órgano judicial que los sancionaron. 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 los efectos de la ruptura que los propios interesados. De ahí que el artículo 79 del Código de Familia, concrete todavía más y regule la intervención judicial para el supuesto de «inexistencia de convenio regulador».

De haberse prestado el consentimiento al negocio jurídico en que consiste el convenio, de forma viciada, podrá el cónyuge perjudicado instar a través del correspondiente procedimiento la oportuna declaración de nulidad, pero no siendo este el caso, de nada sirve alegar ahora la posible existencia de vicios o defectos del consentimiento. Debe reputarse que el convenio se pactó libremente, que los cónyuges se ratificaron a presencia judicial en su contenido y que las cláusulas pactadas se correspondían con la voluntad acorde de los cónyuges. Siendo esto así, no puede pretenderse el incremento de la pensión de alimentos ni la contribución a las cargas pues el convenio se firmó en el año 2001, las circunstancias laborales del padre obligado a satisfacer los alimentos continúan siendo las mismas y las necesidades de los menores no se han incrementado hasta el punto de justificar un aumento de la pensión.

Otro tanto puede decirse de la cuestión de la pensión compensatoria puesto que las partes acordaron su abono sólo por un período de 24 meses que ya ha finalizado. El artículo 86 del Código de Familia que trata sobre la extinción del derecho a la pensión compensatoria dice claramente que éste se extingue por el transcurso del término por el que se estableció.

CONVENIO REGULADOR

Ineficacia de la cláusula del convenio regulador en virtud de la cual ambos cónyuges se comprometen a no interesar durante el plazo de quince años la modificación de la pensión alimenticia, a excepción del incremento del IPC y de la posibilidad de independencia económica de alguno de los menores.

AP HUELVA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Fructuoso Jimeno Fernández

En síntesis, se discute en el presente procedimiento la validez de la estipulación contenida en el convenio regulador sometido por las partes a aprobación judicial y en la que, después de fijar a cargo del padre una pensión alimenticia a favor de los hijos menores de edad de 1.250 euros mensuales, se señala que ambas partes se comprometen a no interesar la modificación de las citadas pensiones, excepción hecha del incremento del Índice de Precios al Consumo ya mencionado y de la posibilidad de independencia económica de alguno de los menores, durante el plazo de quince años.

El Ministerio Fiscal consideró que dicha estipulación podía resultar perjudicial para los menores en el caso de que el progenitor no custodio viniera a mejor fortuna, criterio que fue acogido por el Juez de Primera Instancia, que no aprobó el convenio en la sentencia de divorcio y que, posteriormente, ante la negativa de

la parte a someter un nuevo convenio a la aprobación judicial, rectificó el mismo en el sentido de tener por no puesto el compromiso de no instar la modificación de la pensión alimenticia en el plazo de quince años, aprobando el resto de sus estipulaciones.

La parte demandante se alza contra las resoluciones del Juez de primera instancia, señalando que no consideran que el convenio perjudique gravemente los intereses de los hijos menores, toda vez que la cláusula debatida impide tanto la modificación en los supuestos que el cónyuge venga a mejor fortuna como en el supuesto contrario y que, en todo caso, la cantidad señalada es muy superior a las que usualmente se fijan en concepto de pensión alimenticia, por lo que los menores tienen plenamente garantizada su estabilidad económica, sobre todo, si se tienen en cuenta las estipulaciones que el mismo convenio contiene sobre la contribución a gastos sanitarios o escolares.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso presentado por los propios fundamentos de la resolución recurrida y los contenidos en su informe de 9 de febrero de 2004.

El recurso debe ser claramente desestimado. En primer lugar, no se ha explicado mínimamente por la parte apelante el motivo de la limitación de la posibilidad de revisar o modificar la pensión alimenticia. En segundo lugar, no puede aceptarse que los menores tengan plenamente garantizada su estabilidad económica por la contribución del padre a los actos escolares o sanitarios que se recogen en otras estipulaciones del convenio, cuando tal contribución se hace depender de la aprobación por parte del obligado al pago de los presupuestos correspondiente. En tercer lugar, no es de recibo que se señale en el recurso que la cantidad fijada en concepto de pensión alimenticia es muy superior a la usual, toda vez que su suficiencia no puede valorarse atendiendo a su importe en abstracto, sino con relación a los ingresos económicos del progenitor no custodio y, en el presente caso, ni siquiera de soslayo se ha alegado la desproporción de la pensión con sus posibilidades económicas. Pero, en último lugar y lo que es determinante para la desestimación del recurso, no puede olvidarse que en esta materia de fijación de pensión alimenticia a favor de los hijos menores no rige el principio dispositivo y la postura judicial debe estar orientada por el interés o beneficio de los hijos, dando plena vigencia al principio de *favor filii*, protección y asistencia a los menores que se contemplan en los artículos 24 y 39 de la Constitución y en la Declaración de los Derechos del Niño, siendo el derecho a la percepción de la pensión alimenticia de carácter irrenunciable. Por eso, la limitación *a priori* de la posibilidad de revisión o modificación de la cuantía de la pensión alimenticia constituye una causa de nulidad absoluta por ir en contra de normas y principios generales de derecho de contenido y naturaleza imperativos, sin perjuicio de que planteada en su caso, la petición de modificación, se valoren los requisitos y presupuestos necesarios para conceder o denegar tal variación.

CUESTIONES PROCESALES

Ineficacia del documento que contiene la vida laboral de una tercera persona que se aduce conviviente con la demandada, y en el que consta como domicilio de la indicada persona el que constituye la residencia familiar de aquélla, al haber sido obtenido de forma irregular y sin que la parte interesada haya justificado la tenencia.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La convivencia marital de la demandada con tercera persona estraña al procedimiento de divorcio, que como causa de extinción de la pensión compensatoria, del artículo 86.1.b) se ha reconocido en la sentencia apelada, debe de ser desatendida en la presente alzada procedimental, con la consecuente estimación de la pretensión impugnatoria formulada en el recurso de apelación de la beneficiaria de la pensión compensatoria.

Es de reseñar, tras la valoración del material probatorio practicado en el primer orden jurisdiccional, que no puede darse eficacia probatoria al documento número seis de los acompañados junto al escrito de demanda, referido al informe de vida laboral de tercera persona que se aduce conviviente con la demandada, emitida por la Tesorería General de la Seguridad Social, y en el que consta como domicilio de la indicada persona el que constituye la residencia familiar de aquélla, dado haber

sido impugnado el mismo por la contraparte, al tratarse de documento que revela información confidencial de tercera persona no afecta por la relación jurídico-procesal, que ha sido obtenido en forma irregular, sin cumplimentarse las formalidades legales para que obrase en las actuaciones, y sin que la parte interesada haya justificado la tenencia y aportación del mismo, no obstante su alegato de haberlo obtenido lícitamente.

Tampoco tiene trascendencia probatoria suficiente para acreditar la convivencia «more uxorio», en forma análoga a la de carácter conyugal, la declaración testifical de doña Marcelina, que expreso conocer, por referencia de la hija del matrimonio Filomena, que su madre convivía maritalmente con tercera persona.

Es de analizar, por último, que en la sentencia de separación se estableció la pensión compensatoria, en favor de la esposa, del orden de sesenta mil pesetas mensuales, que sería compatible con actividad laboral de la beneficiaria de la prestación, siempre que no obtuviese ingresos que superasen el doble del salario mínimo interprofesional. Tal supuesto de extinción de la pensión compensatoria tampoco concurre, pues los emolumentos que percibe en el sector de la limpieza son del orden de 539,40 euros mensuales, mientras que el duplo del salario mínimo interprofesional del año 2003, asciende a 902,40 euros, lo que determina la compatibilidad de tales ingresos con la percepción de la pensión compensatoria, tal como estableció específicamente la sentencia de separación matrimonial.

Para la adquisición de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, que estaba sometida a un régimen arrendaticio, la demandada solicitó un préstamo de 24.040,48 euros, con garantía hipotecaria, abonando una cuota mensual del orden de 209,83 euros, tal como consta en forma documentada.

CUESTIONES PROCESALES

Insuficiencia del informe pericial realizado en el contexto de la relación paterno-filial, siendo necesaria una valoración global con inclusión de la relación materno-filial.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Álvarez Seijo

La única cuestión que se debate en la presente alzada ha quedado reconducida a la medida de guarda y custodia del hijo menor del matrimonio, que reclama el recurrente, interesando, pues, se modifique lo acordado al respecto en la sentencia de separación previa al presente procedimiento.

Esta Sala ha venido reiterando, con carácter general, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del CC para que pueda operar un cambio o modificación en las medidas adoptadas en un procedimiento de crisis conyugal se hace preciso que exista una alteración sustancial de las circunstancias, es decir, que entre la situación existente al tiempo de la adopción de la medida en cuestión y la obrante en el momento en que el cambio se solicita exista una variación apreciable y acusada que justifique la pretensión y que, por tanto, incumbe acreditar al promovente.

En el caso de autos, y sin perjuicio de resultar obvio la difícil relación personal entre los ex esposos, el actor aportó con la demanda un dictamen psicológico emitido el 10 de septiembre de 2002 en el que, en definitiva, se indica que no se encuentra ningún tipo de impedimento para que el actor, don Franco, pueda ejercitar una paternidad responsable, siendo recomendable que padre e hijo mantuviesen el mayor contacto posible, incluso diario, habida cuenta de la circunstancia de residir ambos progenitores en el mismo edificio. Ahora bien, en dicho informe y como no podía ser de otro modo se reconoce que ha sido realizado en un contexto determinado, esto es, con estudio de la relación paterno-filial, siendo necesario dar una valoración global en lo referente a la relación materno-filial.

El referido Sr. perito, en una valoración efectuada el 29 de octubre de 2003, manifiesta que las relaciones paterno-filiales se han fortalecido y consolidado y que el propio don Franco comunica a dicho Sr. perito que la actitud de su ex esposa doña Angelina ha cambiado, pudiendo mantener con su hijo relaciones prácticamente diarias, lo que así quedó corroborado en el acto de la vista.

Así las cosas, la Sra. Juez de instancia fijó un amplio régimen de visitas y comunicación entre padre e hijo, más que suficiente para seguir consolidando los lazos afectivos entre ambos; mas por otra parte, y con criterio que plenamente comparte la Sala, consideró que no existía motivo alguno para la alteración de la guarda y custodia, pues evidentemente ninguna

prueba se había aportado a autos indicativa de una posible incapacidad de doña Angelina a tal efecto. Lejos de ello, y como queda dicho, su postura actual parece haber evolucionado hacia un entendimiento con su ex esposo y éste debe darse por satisfecho por los constantes y prácticamente cotidianos contactos que mantiene con su hijo. Pretender además la guarda y custodia aún compartida sin una mínima prueba que pudiera avalar tal solicitud va más allá de lo razonable.

CUESTIONES PROCESALES

El auto en que se desestima la petición de litis expensas es irrecurrible no cabiendo por tanto reproducir la petición en el procedimiento principal.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña María José Pueyo Mateo

Finalmente impugna la apelante la no concesión de la litis expensas, medida que había solicitado en este proceso al serle denegada en el auto de medidas, al ser éste irrecurrible. El juzgador «a quo» denegó la petición por entender que el procedimiento de divorcio no es el adecuado para ello y además por haber obtenido la Sra. Elisa el beneficio de justicia gratuita.

Expuesto así este motivo del recurso, procede desestimarlo, ya que esta Audiencia Provincial ha venido entendiendo que la sede de las litis expensas es el procedimiento de medidas provisionales, artículo 103 del CC, no siendo la fijación un efecto que se prevea en los artículos 90, 91 y ss. del CC; pero es que además en el presente caso las litis expensas fueron solicitadas en el expediente de medidas siendo denegadas, resolución esta que por disposición legal es irrecurrible.

CUESTIONES PROCESALES

Aunque el demandado hubiese permanecido en situación de rebeldía, no existe fraude de ley en que aproveche la impugnación al recurso de apelación interpuesto por el actor para impugnar también los pronunciamientos de la sentencia frente a los que no esté de acuerdo.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2004.

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio María González Floriano.

La parte apelante, en su Escrito de Oposición a la Impugnación, ha solicitado –como cuestión estrictamente procesal– que la misma se inadmita con fundamento, sucintamente, en que don Rosendo se encontraba en situación de rebeldía sin que hubiera recurrido la Sentencia, habiendo aprovechado el trámite de Oposición al Recurso para impugnar la Sentencia recurrida, por lo que dicha parte entiende que ello constituye un fraude de ley al pretenderse una apelación adhesiva cuando el coimpugnante, don Rosendo, no sería parte apelada dado que el Recurso de Apelación –que hace referencia a la pensión compensatoria de doña Maribel– en nada le afectaría.

Pues bien, la tesis de la parte apelante no puede ser acogida por dos razones: de un lado, porque la situación de rebeldía en la que un determinado demandado haya podido encontrarse durante la sustanciación del Juicio no impide el que, en cualquier momento, pueda comparecer en legal forma –como así ha sucedido en este caso– y pueda adoptar, después de haberse dictado la Sentencia,

cualquiera de las posturas procesales que reconoce la Ley de Enjuiciamiento Civil en orden al Recurso de Apelación, de tal manera que puede recurrir la Sentencia o puede impugnar la Resolución que inicialmente no hubiera recurrido, ostentando, en este segundo caso, la condición de apelado impugnante; y, de otro, porque la posibilidad de impugnar la Resolución recurrida no le está vedada a quien, encontrándose en situación de rebeldía, comparece en forma en los trámites del Recurso de Apelación; de hecho la Impugnación –conforme disponen los apartados 1 y 2 del artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– habilita para combatir la Resolución recurrida «en lo que le resulte desfavorable» a «las demás partes» –excepto, lógicamente, a la que apela–, y puede formularla «quien inicialmente no hubiere recurrido»; luego, la Impugnación no excluye de su interposición a ninguna de las partes del Proceso –aun cuando alguna de ellas se hubiera encontrado en situación de rebeldía– y, además, no se encuentra en función de lo que fuera objeto de la apelación principal.

CUESTIONES PROCESALES

No se imponen las costas al estimarse inaplicable el artículo 394 LEC a los procesos matrimoniales, precepto que tiene su ámbito únicamente en los juicios declarativos.

AP TERUEL, SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Fermín Francisco Hernández Gironella

No procede hacer imposición expresa de las costas de esta alzada a ninguna de las partes, debiendo rechazarse a tal efecto la pretensión contenida en la contestación al recurso, y ello, en primer lugar, porque si bien el artículo 394 dispone que en los procesos declarativos las costas de primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, una interpretación sistemática de dicho precepto conduce a limitar la aplicación de dicha norma a los procesos declarativos contenidos en el Libro II de la Ley de E. Civil, esto es, al juicio ordinario y al verbal (artículo 248), sin que dicho precepto, contenido precisamente en dicho Libro II, sea de aplicación, al menos imperativamente, a los procesos contenidos en el Libro IV de la misma Ley. En segundo lugar, porque no pueden equipararse los procesos matrimoniales al resto de los procesos, ya que la especial naturaleza de los intereses en juego en los mismos, los hacen trascender de una mera contienda privada, como lo pone en evidencia la intervención obligatoria del Ministerio Fiscal en los mismos, cuando existen hijos menores o incapacitados, o en las facultades otorgadas al propio Juzgador, que como en este caso ha ocurrido, le permiten incluso introducir en la sentencia pronunciamientos no pretendidos por las partes. En tercer lugar porque, aun partiendo de una estricta aplicación del artículo 394 de la Ley de E. Civil, no cabe duda que el presente caso presentaría dudas de hecho, ya que la pretensión de la esposa demandante en orden a suprimir el régimen de visitas del padre respecto de sus hijas menores, suponía la modificación de un acuerdo anterior entre los cónyuges, sancionado judicialmente.

Es evidente que el derecho de la parte a que se revise en segunda instancia un pronunciamiento judicial que resulta perjudicial a sus intereses no puede en modo alguno ser considerado como «... una argucia procesal dilatadora de la resolución final», máxime cuando la sentencia que se recurre contiene pronunciamientos de tanta entidad en lo personal como lo es la suspensión del derecho de visita del padre respecto de los hijos menores, auque ésta tenga carácter temporal.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La fecha de efectos de la pensión de alimentos en favor del hijo, a cargo de su madre, será la del dictado de la sentencia de primera instancia que ostenta carácter constitutivo, y que altera y deja sin efecto la regulación anterior de la crisis matrimonial que se contenía en el convenio regulador.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La fecha de efectos de la pensión de alimentos en favor del hijo del matrimonio Rodolfo, a cargo de su madre, será la del dictado de la sentencia de primera instancia que ostenta carácter constitutivo, y que altera y deja sin efecto la regulación anterior de la crisis matrimonial, contenida en el Convenio Regulador de la separación matrimonial, que firmado por las partes y ratificado ante la presencia judicial, fue aprobado por la sentencia de separación, cuyos efectos regían en el tiempo hasta su sustitución por las medidas y efectos establecidos en la sentencia definitiva de divorcio.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Dentro del procedimiento de liquidación, no sólo cabe la realización de las pertinentes operaciones de avalúo y tasación de los bienes inventariados sino que también son admisibles otras que pudieran tener por finalidad la formación del inventario en el caso, ciertamente excepcional, de que éste no haya sido hecho con anterioridad, o, lo que viene a ser lo mismo, alguna de las partidas del realizado hubiera quedado inconcreta e indeterminada.

AP VALLADOLID, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Ángel Sendino Arenas

Impugna a continuación –segundo de sus motivos– la partida 4 el activo correspondiente al importe actualizado del ajuar y mobiliario existente en el domicilio que fuera familiar. Considera que dicha valoración no puede ser aceptada por cuanto debió haberse hecho en la ejecutora del procedimiento de formación de inventario.

El argumento es inconsistente. El artículo 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que remite al artículo 810.5 del mismo texto, ya en fase de liquidación del régimen económico matrimonial y no de inventario, expresamente prevé la designación del contador que practique las operaciones divisorias del caudal, así como el nombramiento de peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes; Igualmente el artículo 785 LEC, también de aplicación a la liquidación del régimen económico matrimonial, recoge cómo el contador y los peritos, en su caso, designados, procederán a practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, así como el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario (en este caso consorcial). Por último, el artículo 786.2 de la misma ley procesal señala que en el cuaderno o escrito que ha de presentar el contador se expresará la relación de los bienes que formen el caudal partible –inventario– el avalúo de los comprendidos en esa relación y la liquidación, división y adjudicación.

Queda pues claro, a tenor de lo expresado en los preceptos citados, que dentro del procedimiento de liquidación, no sólo cabe la realización de las pertinentes operaciones de avalúo y tasación de los bienes inventariados sino que también son admisibles otras que pudieran tener por finalidad la formación del inventario en el caso, ciertamente excepcional, de que éste no haya sido hecho con anterioridad, o, lo que viene a ser lo mismo, alguna de las partidas del realizado, hubiera quedado inconcreta e indeterminada, que es, en suma, lo ocurrido en el caso de autos, pues la concreción y valoración de la partida correspondiente al mobiliario y ajuar doméstico existente en el domicilio familiar, quedó diferida para la ejecutoria de la Sentencia sobre

formación de inventario, sin que luego se hubiera llevado a cabo.

Por lo demás, no existe razón –ninguna de peso esgrime el recurrente– para que en esta alzada debamos modificar la relación de muebles y enseres así como su pormenorizada valoración que el perito contador hace de esta partida. Se fundamenta lo primero en datos y hechos obrantes en las actuaciones y la postura procesal mantenida por una y otra parte y lo segundo en una prudencial estimación sobre calidad general media de los bienes, que describe.

REGÍMENES ECONÓMICOS

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, las cuales deben ser objeto del oportuno juicio declarativo con sus consiguientes efectos, que no impiden una ulterior liquidación caso de ser estimada.

AP GRANADA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

Expuestas, *obiter dicta*, estas consideraciones, ha de hacerse una primera salvedad para desestimar las alegaciones de la parte recurrida sobre la inadmisión del recurso, pues en el escrito señalado se contienen datos suficientes para entender cuáles son las cuestiones objeto del mismo. Pero dicho esto, también hay que señalar que en el recurso se interesan cuestiones impropias del trámite de formación de inventario, cual la relativa a la «rescisión de los actos de disposición en los que los adquirentes han actuado de mala fe», los cuales deben ser objeto del oportuno juicio declarativo con sus consiguientes efectos, que no impiden una ulterior liquidación caso de ser estimada.

En otro orden de cosas, y como las infracciones procesales que se dicen cometidas no contienen una correlativa petición de nulidad de actuaciones, sólo hemos de referirnos a las cuestiones propiamente objeto del recurso y que resumidamente se contienen en el suplico del escrito de recurso, en el que se hace una petición sobre la inclusión en el inventario del vehículo del matrimonio, extremo al que expresamente se refiere la sentencia, de modo que es impertinente la petición, cuanto más que el Juzgador lo incluye como bien perteneciente al matrimonio, sin que admita, más que como pura hipótesis, la venta alegada por el esposo, y, para tal caso, lo sustituye por su «valor al tiempo de ser enajenado» –lo que ha de ser entendido como el precio de mercado, según S. del TS de 11 de mayo de 2001 seguida por esta Sala en sentencia de 2 de febrero de 2004– y además, «actualizado», previsión o cautela que ha de entenderse adoptada para el caso de que hubiere sido enajenado con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal sin conocimiento del otro cónyuge, lo que evita cualquier sospecha de minoración de dicho valor.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El Secretario Judicial ha de formalizar necesariamente un inventario según las propuestas de los cónyuges y sus manifestaciones, confrontándolas con los documentos aportados, y una vez hecho y conocido por las partes podrán suscitar controversia sobre inclusión o exclusión de bienes.

AP GRANADA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Maldonado Martínez

El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, se regula en el Libro IV de la LEC sobre Procedimientos especiales, y en su título II, que se rubrica «de la división judicial de

Patrimonios», capítulo II, dedicando a él los artículos 806 y siguientes, con el objetivo, dice la Exposición de Motivos, de dar «respuesta a la imperiosa necesidad de una regulación procesal clara en esta materia que se ha puesto reiteradamente de manifiesto durante la vigencia de la legislación precedente». Dicho procedimiento se articula en dos fases, que se inician ambas con la oportuna solicitud de cualquiera de los cónyuges, dedicadas a la formación de inventario y a la liquidación propiamente dicha.

La fase de formación de inventario contiene dos períodos, el primero de los cuales va referido a la formación de inventario propiamente dicho, en tanto en el segundo se tratan de solventar las controversias que se susciten «sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas». El período de formación de Inventario viene específicamente atribuido al Secretario Judicial (artículo 809), en tanto que el de oposición o controversia sobre el inventario practicado se atribuye al órgano jurisdiccional, citando a las partes a una vista y continuándose conforme a lo prevenido para el juicio verbal, terminando por sentencia que se llevara a efecto conforme a lo previsto en el artículo 788 LEC, pero que no produce efecto de cosa juzgada (artículos 810.5 en relación al 787.5 párrafo 2.º de la LEC), pudiendo las partes hacer valer los derechos que crean corresponderle en el juicio ordinario que proceda.

Por las características del objeto del segundo período del procedimiento de formación de inventario, fácil es colegir la importancia que tiene la formación de inventario, de modo que no cabe pasar al período ante el órgano jurisdiccional sin que se haya efectuado formalmente un inventario por el Fedatario Judicial, pues mal puede pedirse la «inclusión o exclusión» de un bien o discutirse el importe de alguna de las partidas allí incluidas para dilucidarlo en un procedimiento contradictorio –aun de naturaleza verbal– sin que exista un inventario formalmente practicado, aun cuando el mismo pueda llegar a no contener ningún bien si ello procediere.

A tal efecto la ley es taxativa y dispone: a) que los cónyuges, con la solicitud deberán acompañar una propuesta, en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil; b) que a dicha solicitud deberán acompañar «los documentos» que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta: c) que el inventario lo formará el Secretario Judicial, con la participación de los cónyuges, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial de que se trate. Ello implica que el Secretario Judicial ha de formalizar necesariamente un inventario, describiendo pormenorizadamente las partidas del activo y del pasivo, según las propuestas de los cónyuges y sus manifestaciones confrontándolas con los documentos aportados, y una vez hecho y conocido por éstos mediante el oportuno traslado, podrán dar su conformidad (artículo 809.1, párrafo 3.º) o suscitar controversia sobre la inclusión de nuevos bienes, la exclusión de los que en él aparezcan, o discutan simplemente el importe de cualquiera de las partidas, para, de tal modo, poder iniciarse el segundo período contradictorio.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No procede incluir en el pasivo de la sociedad el importe del impuesto de circulación de vehículos del turismo ganancial, que debe ser abonado por aquel cónyuge que venga utilizándolo.

AP JAÉN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Requena Paredes

Frente a la Sentencia de instancia que vino a declarar los bienes y derechos que integran, para la oportuna liquidación, el activo y pasivo de la sociedad de gananciales formada por los esposos litigantes y disuelta por efecto de la Sentencia de separación (9 de mayo de 2.001), se alza el esposo que reitera en este recurso parte de los motivos de oposición que ya hizo valer en la instancia.

El primero discrepa de la consideración que la Sentencia otorga a la vivienda común, como de carácter exclusiva e íntegramente ganancial que considera contrario a la previsión legal de los artículos 1354 y 1357 del CC. El motivo ha de prosperar en parte, como ya dejó señalado la STS de 23 de marzo de 1992 en un supuesto que parece escrito para el caso de autos. El piso litigioso fue comprado conjuntamente por ambos esposos, seis meses antes de contraer matrimonio, mediante contrato privado de fecha (en este caso de 28 de octubre de 1994) «por precio aplazado, una parte de cuyo precio la pagaron, en estado

todavía de solteros, con dinero privativo de cada uno de ellos (en cuantía y proporción respectiva que no constan) y el resto del precio (en cuanto que tampoco consta) ha sido pagado durante el matrimonio con dinero ganancial, por lo que ha de resolverse que el expresado piso, que fue adquirido para vivienda familiar y, como tal, la han venido usando los esposos hasta la separación matrimonial, corresponde «pro indiviso» a la sociedad de gananciales y a los dos esposos (en copropiedad, a su vez) en proporción al valor de sus aportaciones respectivas, conforme a lo preceptuado en el artículo 1354 en relación con el párrafo 2.º del artículo 1357, ambos del CC».

Pues bien, aplicando este criterio, la presunción de ganancialidad integra que la Sentencia atribuyó a la vivienda sin más base que el título o escritura de compraventa, que al parecer, porque no consta, no hizo referencia a esa circunstancia, cede en casos como el de autos en que ambas partes admiten la realidad de la adquisición meses antes de la celebración del matrimonio. El apelante, con carácter y fondos exclusivamente privativos, en la proporción del 36,36%, la apelada con procedencia, esa misma cuota previa, de fondos privativos de cada uno de los luego esposos en proporciones distintas que desde luego ni una ni otra parte han puesto el menor esfuerzo en concretar. Así las cosas, sin opción a diferir a momento posterior esas concreciones por prohibirlo el artículo 209.4 de la LEC. Debe convenirse desde la literosuficiencia del propio documento privado de compraventa, consentido por la apelada que si estuvo en su firma no hizo constar, por la razón que fuera, otra realidad que le situara como compradora conjunta con su novio, que las 500.000 pesetas que fueron el primer pago a la firma del contrato lo fueron procedentes de dinero privativo del esposo y que respecto al otro millón y medio de pesetas abonado antes del matrimonio, la esposa admite que solo abonó a cargo de sus ingresos por la recolección de la aceituna unas 600.000 pesetas que, en prueba de interrogatorio, el marido niega, más con evasivas que convicción por lo que no aportado ninguno de los recibos de aquella entrega por éste ni demostrado otro rastro bancario o de cualquier otra clase, de ese segundo pago del que no existe ningún dato, parece razonable resolver la cuestión, sin incurrir al menos en incongruencia, que el resto de ese segundo pago lo fue también privativo del esposo en la cantidad de 900.000 pesetas por lo que en esa proporción de 70 y 30%, respectivamente, deberá declararse el carácter privativo en copropiedad indivisa junto con el otro resto de 63,64% del valor de la vivienda con carácter ganancial.

El segundo motivo insiste en imputar al pasivo de la sociedad posganancial surgido desde la separación entre tanto permanece sin liquidación del impuesto que grava el automóvil de carácter ganancial y los gastos o cuotas de comunidad a que está afecto el piso a que antes aludíamos. Ninguna de las dos reclamaciones resultan usuales en este tipo de asuntos ni deben prosperar en casos como el de autos, pues el hecho imponible no es la propiedad, sino el uso y la circulación del vehículo que por decisión propia, a su conveniencia, quedó en su poder de disposición con la consiguiente depreciación por lo que no hay razón para que la sociedad tenga que soportar los gastos que comporta su uso.

Finalmente, en cuanto a los gastos de comunidad que gravitan tanto la propiedad como el uso de la vivienda la propia atribución de la vivienda familiar supone, como acierta a comprender la Sentencia, más que generosa compensación a ese coste de mantenimiento sin mérito para repercutirlos en el pasivo de la sociedad con el fin de que sean soportados por mitad por su cónyuge.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Inclusión del fondo de comercio en el activo de la sociedad.

AP ZARAGOZA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Pedro Antonio Pérez García

También ha de ser acogido el recurso en el siguiente punto comprendido en el recurso, que se refiere a la exclusión del valor del fondo del negocio en el activo del inventario, razonándose en la Sentencia de que se trata de un concepto de límites confusos, y en definitiva de difícil valoración, por lo que remitiéndose otra vez al criterio doctrinal se estima debe ser excluido, salvo en los supuestos de manifiesta importancia generalmente admitida. La Jurisprudencia menor emanada de las Audiencias Provinciales (En este sentido, el supuesto comentado es citado en las SSAAPP de Córdoba, Sección 2.ª, de 26 de junio de 2000 –Referencia «El Derecho» núm. 27.312; de Jaén, Sección 1.ª, de 25 de enero de 2002 –«El Derecho» núm. 5191; de Murcia, Sección 1.ª, de 7 de junio de 2002 –«El Derecho» núm. 43.887; de Asturias,

Sección 6.ª, de 3 de marzo de 2003 –«El Derecho» 67.674) suele admitir el fondo de comercio como elemento integrador del activo de la sociedad económica conyugal, y a veces de una decisiva importancia entre los otros restantes configuradores del régimen, de un claro e indiscutido contenido económico. En el caso, la parte consorcial, administrada por la esposa, consistente en una tienda de deportes, se muestra en funcionamiento, por lo que aquel elemento será de acoger como parte integradora del activo del inventario, tanto más cuando los riesgos de indefinición económica referidos en la Sentencia apelada han quedado soslayados por el informe pericial practicado en las actuaciones en el que a aquél se le asigna un valor concreto, que es el de veinte millones de pesetas.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Aun cuando en el convenio regulador se liquidó la sociedad de gananciales, no habiéndose incluido la totalidad de los bienes existentes procede seguir los trámites de los artículos 806 y siguientes de la LEC para liquidar definitivamente la sociedad.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Márquez Romero

Se solicita en la demanda origen de las presentes actuaciones la formación de inventario para la liquidación de la sociedad legal de gananciales y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 809 de la LE Civil, ante la controversia solicitada por los cónyuges se convocó a los interesados para la celebración de una vista en la que la juzgadora de primera instancia estimó que no podía continuar el procedimiento por los trámites seguidos, dictándose sentencia en la que desestimó la acción ejercitada ya que en el convenio regulador de la separación homolagada judicialmente por Sentencia de 2 de septiembre de 1993 se procedió a liquidar la sociedad legal de gananciales.

Efectivamente, en el convenio regulador de la separación se acordó la liquidación de la sociedad legal de gananciales estableciendo en la estipulación sexta que como «como quiera que el único bien de la sociedad legal de gananciales lo constituye el piso-vivienda destinado a hogar conyugal, se adjudica por cuenta y en proindiviso a cada uno de los esposos», y este convenio fue aprobado judicialmente por sentencia de 2 de septiembre de 1993; sin embargo, con posterioridad, el 13 de abril de 1998 se dictó sentencia por la que frente a lo declarado en el convenio regulador también se atribuyó el carácter de ganancial a la finca urbana núm. 757 de la manzana N supermanza 3 de la barriada Juan XXIII al sitio de Amate de Sevilla, se solicita en este procedimiento que se incluya en el inventario esta finca, así como otra más que tampoco se tuvo en consideración al tiempo de practicarse la liquidación de la sociedad de gananciales.

En la solicitud inicial de este procedimiento no se pide la inclusión en el inventario de la finca cuya liquidación se practicó, sino de otra declarada posteriormente como perteneciente a la sociedad legal de gananciales y una parcela que la parte considera que igualmente tiene ese carácter, por lo que existiendo una masa patrimonial sin dividir es procedente el procedimiento establecido en los artículos 806, siguientes de la LE Civil, y en consecuencia instada la formación de inventario era necesaria la formación del mismo por el Secretario, y ante la existencia de controversia la continuación del procedimiento por los trámites del juicio verbal, con plena contradicción de las partes.

En el presente caso se suspendió el juicio verbal al estimar la juzgadora de instancia que no era el procedimiento adecuado sin que se propusiera práctica de prueba alguna, y siendo este trámite absolutamente necesario causando su omisión una efectiva indefensión a las partes, procede declarar la nulidad de actuaciones y retrotraer las mismas al momento inmediatamente anterior al de citación de las partes para la celebración del juicio verbal, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en este recurso.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Inclusión en el activo de las cantidades que extrajo el esposo de una cuenta ganancial al no haber acreditado éste, sobre quien recaía la carga de la prueba, que dichas cantidades se correspondiesen con un préstamo que le otorgó la entidad bancaria para la que presta sus servicios.

AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña M.ª José Torres Cuéllar

Dictada sentencia en la instancia en cuyo Fallo, resolviendo la controversia en el presente juicio sobre los distintos bienes, derechos, créditos y deudas que han de integrar el activo y pasivo de la sociedad ganancial de los esposos litigantes como paso previo para su ulterior liquidación, se recogía como activo un saldo de las cuentas bancarias por importe de 23.337,30 euros, se interpone el presente recurso de apelación por don Marcelino alegando error en la apreciación de la prueba practicada por la Juzgadora de instancia, al atribuir carácter ganancial al dinero contenido en la cuenta bancaria abierta por los esposos en el Banco Santander Central Hispano, núm. núm. 002, solicitando que, con revocación parcial de la misma se diese lugar al acogimiento de su petición de excluir aquella partida, toda vez que conforme a los extractos bancarios aportados correspondientes al período 31 de agosto al 30 de noviembre de 2001, se constata que el día 14 de septiembre de 2001 se le transfiere a él privativamente y en concepto de préstamo personal por el Banco la suma de 2.283.000 pesetas; préstamo sin intereses que dicha entidad concede a sus empleados en casos de separación matrimonial, como el presente. Dinero que entiende privativo, y por lo que dispuso ese mismo día de 1.200.000 y 400.000, sin repercutir en la sociedad. A lo que se opuso la contraparte que interesó la confirmación.

Con carácter previo, y dados los alegatos esgrimidos en el recurso, conviene precisar que ninguna duda ofrece a nivel de regulación legal que el momento en que se produce la disolución de la sociedad de gananciales, y que ha de ser tomado como referencia inicial en las operaciones de liquidación a efectos de determinar la existencia de bienes –artículo 1397 del CC– es el de la sentencia firme de separación, como así taxativamente lo establece el artículo 1392.2 y 95, ambos del CC, y la jurisprudencia interpretadora de aquéllos (SS. de 2 de junio y 21 de mayo de 1994, 30 de abril y 25 de noviembre de 1996, 20 de julio de 1998, entre muchas otras). De manera que no es posible admitir que la separación de hecho origine por sí sola el efecto retroactivo que se intenta hacer valer. Así pues, la liquidación de los bienes gananciales, si los hay, se ha de hacer en atención a la situación patrimonial existente al momento de la disolución, es decir, cuando se dicta la sentencia que determina la nueva situación matrimonial. Y aun cuando la jurisprudencia en supuestos especiales, que no es el caso, ha matizado lo anterior, se debe rechazar de plano en el presente la exclusión que se pretende sobre tal particular. Por lo que respecta al fondo litigioso, examinada la prueba documental, justificantes de los movimientos y saldos de las cuentas bancarias, consta acreditada la transferencia a la ya mencionada cuenta bancaria, titularidad del Sr. Marcelino y en la que su esposa tenía firma autorizada (folio 103 de autos), de la suma de 2.283.000 pesetas, sin que por éste se haya demostrado, como dice, la naturaleza y objeto de dicho ingreso como préstamo personal sin intereses, cuya carga le incumbía. Y es que en estos casos y en este contexto es de aplicación la teoría de la disponibilidad de la prueba consagrada en el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuya virtud incumbe la carga de la prueba de los hechos afirmados a aquel litigante que disponga de mayor facilidad o disponibilidad probatorias, lo que significa que recae sobre el Sr. Marcelino el deber de acreditar los términos y alegatos que aducía, lo que no hizo, por lo que acertada deviene la consideración de dicho importe como ganancial. Y como en estos casos de disposición unilateral de una importante partida de metálico durante la pendencia del proceso de separación, pesa también sobre el cónyuge que la llevó a cabo la obligación de acreditar formal y exhaustivamente la necesidad de consumirla en la atención propia o de la familia, tanto más si se tiene en cuenta que, con carácter general existe un derecho al reintegro de la sociedad cuando la disposición unilateral por uno de los cónyuges del metálico ganancial durante la vigencia del matrimonio no encaja en la atención a las cargas familiares previstas en el artículo 1362 y siguientes del CC. Y al caso, la propia parte reconoce, por entenderla suya, la efectiva disposición privativa de 1.200.000 y 400.000 pesetas, debiendo tomarse en consideración para determinar el inventario, por lo que se debe declarar que ostenta la sociedad contra el autor de la desaparición un crédito por dicho importe, esto es, de 9.616,19 euros. Si bien siguiendo su tesis al suceder lo que alega la

defensa del Sr. Marcelino de inflarse la cantidad al sumar erróneamente las tres cantidades antedichas, procederá tenerlo presente y computarse el saldo que efectivamente arrojaba la cuenta a la disolución de la sociedad conyugal, esto es, al 31 de diciembre de 2001, que era de 1.164,28 euros.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Declaración de nulidad de lo actuado al haberse denegado la prueba documental propuesta en la vista del juicio de formación de inventario de la sociedad de gananciales en base a que debió presentarse con la demanda, ya que el procedimiento para la formación de inventario no se inicia con demanda. Igualmente, si celebrada la vista se sobrepasó el plazo de 20 días, la segunda vista es autónoma de la anterior y nuevamente pueden proponerse pruebas.

AP CÁCERES, SEC.1.ª, SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio María González Floriano

Frente a la Sentencia de fecha 9 de enero de 2004, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de los de Trujillo en los autos de Formación de Inventario del Régimen Económico Matrimonial de la Sociedad de Gananciales seguidos con el número 120/2003, conforme a la cual se desestima íntegramente la Demanda de Formación de Inventario de la Sociedad de Gananciales interpuesta por don Fermín contra doña Luisa, con imposición de las costas a la parte actora, se alza la parte apelante –demandante, don Fermín, alegando, básicamente y en esencia, como motivos del Recurso, los siguientes: en primer término, error en la valoración de las pruebas; en segundo lugar, la infracción de precepto legal por indebida aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en orden a la condena en costas de la primera instancia, y, finalmente, la infracción de normas de procedimiento con vulneración de garantías procesales causantes de indefensión. En sentido inverso, la parte apelada –demandada, doña Luisa– se ha opuesto al Recurso de Apelación interpuesto, interesando su desestimación y la confirmación de la Sentencia recurrida.

Centrado el Recurso enlos términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, cabría significar que el examen de los motivos en los que aquél se sustenta debe principiar por el tercero de los invocados por la parte apelante, cuyo examen se impone con carácter previo y preferente por cuanto que la eventual estimación del expresado motivo abocaría inexorablemente a la declaración de Nulidad de las actuaciones como consecuencia de la infracción de normas y garantías procesales denunciada, lo que, lógicamente, impediría entrar sobre el conocimiento de los dos primeros que afectan al fondo de la cuestión litigiosa controvertida en el Proceso.

La parte apelante anuda la infracción de las normas de procedimiento, con vulneración de garantías procesales, causante de indefensión, a las decisiones, adoptadas por el Juzgado de instancia en la vista celebrada el día 1 de octubre de 2003 y en la continuación de la misma que se desarrolló el día 16 de diciembre del mismo año, respecto de la denegación de los medios de prueba propuestos en dichos actos. Si bien la denegación indebida de pruebas propuestas en la primera instancia (siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista) constituye uno de los supuestos en los que la parte interesada puede solicitar, en la segunda instancia –es decir, en el Escrito de Interposición del Recurso de Apelación–, la práctica de las pruebas rechazadas por este motivo (artículo 460.2.1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la cuestión nuclear que se suscita en el motivo excede de esta posibilidad (que, en principio, sería remediable recibiendo el Juicio a prueba en segunda instancia) y alcanza a una infracción de normas procesales de capital importancia que habría ocasionado efectiva indefensión a la parte ahora apelante porque se le habría impedido la práctica de medios de prueba pertinentes, independientemente de la decisión que, sobre el fondo del asunto, se hubiera adoptado finalmente. Y esta problemática se centra, específicamente, en la naturaleza jurídico-procesal de la vista celebrada el día 16 de diciembre de 2003; esto es, si debe considerarse como continuación de la iniciada el día 1 de octubre del mismo año o si, por el contrario, constituye una vista nueva y distinta de la primera. La cuestión no resulta baladí en la medida en que, de estimarse que se trata

de una vista nueva y diferente, al menos la prueba testifical propuesta en dicho acto debería de haberse admitido, no siendo correcto denegar dicho medio de prueba al amparo de su extemporaneidad por considerarse que ese acto es continuación de la vista iniciada el día 1 de octubre de 2003. Y esa relevancia adquiere aún una mayor trascendencia si se repara en el hecho de que la decisión adoptada en la Sentencia recurrida –desestimatoria de la Demanda– encuentra su fundamento en que la parte solicitante no habría acreditado los hechos constitutivos de la pretensión ejercitada.

Pues bien, la vista celebrada el día 1 de octubre de 2003 se interrumpió para la práctica de determinadas diligencias de prueba (libramiento de oficios y práctica de requerimiento) sin que, en dicho acto, se señalara fecha para su continuación, lo que se verificó, sin embargo, mediante Providencia de fecha 15 de noviembre de 2003, fijándose, para la continuación de la vista, la audiencia del día 16 de diciembre de 2003 a las 10,30 horas, en cuyo acto el Juez de instancia puso de manifiesto, de forma expresa –así consta en el acta levantada al efecto–, que no se trataba de una segunda vista.

El artículo 193.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que, una vez iniciada la celebración de una vista, podrá interrumpirse cuando se deba practicar alguna diligencia de prueba fuera de la sede del Tribunal y no pudiera verificarse en el tiempo intermedio entre una y otra sesión, de modo que la decisión adoptada en el acto celebrado el día 1 de octubre de 2003, acordando la interrupción de la vista para la práctica de determinadas diligencias de prueba, resulta, en principio, correcta; ahora bien, el apartado 3 del mismo precepto, en su párrafo primero, dispone que, cuando no pueda reanudarse la vista dentro de los veinte días siguientes a su interrupción, se procederá a la celebración de nueva vista, haciéndose el oportuno señalamiento para la fecha más inmediata posible. No cabe duda, pues, que, en el supuesto que examinamos, el indicado plazo transcurrió en exceso (desde el día 1 de octubre hasta el día 16 de diciembre de 2003), por lo que el acto celebrado en esta última fecha no podía considerarse como continuación de la vista iniciada el día 1 de octubre, sino como una vista nueva y, consiguientemente, con el desenvolvimiento de todos los actos propios de la misma, incluida la proposición de pruebas por las partes.

En consecuencia, ha resultado infringido el apartado 3 del artículo 193 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque el Juzgado de instancia consideró el acto celebrado el día 16 de diciembre de 2003 como continuación de la vista iniciada el día 1 de octubre del mismo año, cuando, al haberse sobrepasado en exceso el plazo de 20 días previsto en el indicado precepto (independientemente de la causa de la dilación), debería de haberse señalado nueva vista, decisión que ha incidido sobre el Derecho de Defensa habida cuenta de que la denegación de las pruebas –al menos de la testifical propuesta por la parte apelante– vino motivada precisamente por considerar que aquel acto era continuación de la primera vista y no una vista nueva, de modo que, constatada la vulneración de una norma esencial de procedimiento establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con efectiva vulneración del derecho de defensa (artículo 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ha de decretarse la Nulidad de las actuaciones practicadas en los términos que, posteriormente, se indicarán.

En el Otrosí Digo del Escrito de Interposición del Recurso, la parte apelante interesó la práctica de prueba en la segunda instancia en relación con aquellas que –según su criterio– propuso en primera instancia y fueron indebidamente denegadas. Este Tribunal no ha resuelto tal solicitud en la forma y plazo que establece el artículo 464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (es decir, una vez recibidos los autos por la Sala acordando lo procedente sobre la admisión de las pruebas propuestas en el plazo de diez días) por estrictas razones de economía procesal, al constatarse –una vez examinadas las actuaciones, los motivos del Recurso de Apelación y las alegaciones esgrimidas en el Escrito de Oposición al mismo– que, necesariamente, había de decretarse la nulidad de actuaciones con retroacción de las mismas al momento anterior a la celebración de la vista; luego, al no ser posible la subsanación de las infracciones procesales denunciadas, carecía de sentido resolver sobre la admisión de las pruebas propuestas cuando procedía la declaración de nulidad a la que se acaba de hacer referencia por los motivos que se han explicitado en el Fundamento Jurídico anterior, lo que abre la posibilidad de que, en la nueva vista que se celebre ante el Juzgado *a quo*, se propongan de nuevo los medios de prueba que interesen al derecho de la parte ahora apelante.

No obstante, interesa a este Tribunal poner de manifiesto que las pruebas que la parte ahora apelante propuso, tanto en la vista celebrada el día 1 de octubre de 2003, como en su continuación desarrollada el día 16 de diciembre del mismo año, fueron indebidamente denegadas por el Juzgado de instancia, no sólo porque este último acto no debió celebrarse como continuación de la vista iniciada en la primera de las fechas indicadas (habida cuenta de que procedía el señalamiento de una vista nueva) sino también porque aquellas pruebas resultaban absolutamente pertinentes.

Cabría recordar, en este sentido, que nos encontramos en sede de Procedimiento para la Liquidación del Régimen Económico Matrimonial y, más concretamente, en la solicitud de Formación de Inventario del Régimen Económico Matrimonial de la Sociedad

de Gananciales, cuyos trámites procedimentales se contemplan en los artículos 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Resulta indudablemente cierto que, conforme al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 808, a la solicitud han de acompañarse también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta, mas no debe desconocerse que la formación de inventario se insta mediante una Solicitud –no a través de Demanda– a los efectos, precisamente, de formar el inventario de la comunidad matrimonial por el Secretario Judicial con los cónyuges. Si se suscita controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas –lo que aquí ha sucedido–, el primer párrafo del apartado 2 del artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que «se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el Juicio Verbal». No obstante, ello no significa que el Proceso se transforme en un Juicio Verbal, sino que, a partir de la citación para la vista, se han de seguir los trámites de este Proceso Declarativo conforme al artículo 443 del mismo Texto Legal, que lleva por rúbrica «desarrollo de la vista». Si el antecedente de la vista y de su tramitación posterior por las reglas del Juicio Verbal viene constituido por la controversia suscitada sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, resulta incuestionable que todas las partes –incluida la solicitante– puede proponer en aquel acto los medios de prueba que convengan a su derecho siempre que no sean impertinentes o inútiles (que son los únicos parámetros que contempla el apartado 4 del artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la admisión –o el rechazo– de los medios de prueba propuestos), mas no cabe apelar –según el criterio de esta Sala– al artículo 265 del mismo Texto Legal para denegar pruebas documentales bajo la justificación de que debieron presentarse con la Demanda, precisamente porque el Procedimiento para la Formación del Inventario no se inicia por Demanda, sino mediante una mera Solicitud, de modo que si no resulta posible formar el inventario por el Secretario Judicial con los cónyuges y se suscita controversia sobre los conceptos y/o importe de las partidas que hubieran de incluirse en el mismo, el Proceso continúa por los trámites del Juicio Verbal desde la vista, luego debe permitirse a las partes la proposición de todos los medios de prueba que articulen, siempre que no sean impertinentes o inútiles y puedan practicarse en la forma que contempla el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, máxime si esas pruebas tienden precisamente a acreditar los hechos o circunstancias que suscitaron la referida controversia, preservándose, de esta manera, el Derecho de Defensa, que, como Derecho Fundamental, consagra el artículo 24 de la Constitución Española, y su vertiente relativa a que las partes puedan proponer en el seno del Proceso todos los medios de prueba que fueran pertinentes.

Por tanto y, en virtud de las consideraciones que anteceden, procede la estimación del Recurso de Apelación interpuesto y, en su consecuencia, la revocación de la Sentencia que constituye su objeto con declaración de Nulidad de las actuaciones practicadas, retrotrayéndose las mismas hasta el momento anterior al de la vista prevenida en el artículo 809.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para cuya celebración, y previo el señalamiento correspondiente, se citará de nuevo a las partes en los términos y forma previstos en la indicada Ley Procesal.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Inclusión en el activo de la sociedad del importe actualizado de las aportaciones que, constante la sociedad de gananciales, se hicieron al fondo de pensiones.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Álvarez Seijo

Discrepa el apelante de la consideración como ganancial del Fondo de Inversión con valor liquidativo de 6.145,40 euros señalado en la sentencia, solicitando se dejase tal partida sin efecto al no existir dicho Fondo. También, y en cuanto al importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad al fondo de pensiones constituido a favor del recurrente, incluido en la sentencia dentro del activo ganancial, estimó el apelante que lo precedente sería estar al valor liquidativo actual y de dicha cifra descontar lo abonado a dicho fondo por el mismo.

Habiendo reconocido la propia parte apelada en su escrito de oposición la inexistencia del Fondo de Inversión y, por ello, habiéndose aquietado en este extremo, no cabe sino declarar su exclusión del activo ganancial.

Resta así la cuestión referente a las cantidades pagadas por la sociedad conyugal como aportacio-

nes al fondo de pensiones constituido a favor del apelante.

El recurrente sostiene que ha de tenerse en cuenta el valor liquidativo actual, mas tal postura no puede aceptarse 3Civil, que se refiere al importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueren de cargo de uno de los cónyuges. Por otra parte, los abonos que haya podido efectuar el recurrente una vez disuelta la sociedad ganancial en modo alguno afectan a las cantidades desembolsadas con cargo a la misma.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Confirmación del acogimiento preadoptivo aun cuando se acuerda potenciar la relación de los menores con sus padres en lo posible, para evaluar la posible reinserción de éstos en su familia en el plazo de un año.

AP GRANADA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Mascaro Lazcano

En el escrito de recurso, se solicita se dejen sin efecto, la Ratificación Legal de Desamparo, la constitución del Acogimiento Preadoptivo, la de Acogimiento Residencial. El recurso se fundamenta en que es patente la indefensión de mi representada por la inactividad de la Consejería de Asuntos Sociales, que ha contravenido lo ordenado en Sentencia firme, al no efectuar ningún tipo de seguimiento de la Sra. Antonia en orden a una posible recuperación de su hijo.

Que por esta Sala se dictó Auto de fecha 9 de julio de 2001, cuyos hechos, razonamientos Jurídicos y parte Dispositiva son del tenor literal siguiente: «Hechos: Primero.– Que, por el mencionado Juzgado se dictó auto en fecha veintidós de enero de dos mil, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "debo desestimar y desestimo la oposición de Dª Antonia a la declaración legal de desamparo, efectuada por la entidad pública competente por Resolución de fecha 11 de diciembre de 1998, constituyendo el acogimiento residencial en el Centro 'San José' de Granada y delegando la guarda en el Director de dicho centro, en el que se encontraban internados desde el 24 de octubre de 1997, respecto de sus hijos menores José Francisco y Silvio, respectivamente de 7 y 6 años de edad, confirmando íntegramente ambas resoluciones, sin que ello impida que, respetando las normas del Centro en el que se encuentran internados, vean y se relacionen con sus hijos, siempre que dichos contactos no resulten contrarios para sus intereses futuros, y sin hacer especial declaración sobre costas procesales". Segundo.– Que, substanciado y seguido el presente recurso por sus trámites en virtud de apelación interpuesta por la parte demandante, en el acto de la vista su Letrado interesó se dicte resolución que revoque el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, y que recoja sus pretensiones del escrito de demanda y por el Letrado de la parte apelada, se solicitó la desestimación del recurso de apelación, contra el Auto dictado, interesando su confirmación íntegra. Por el Ministerio Fiscal se solicita la confirmación del Auto recurrido. Tercero.– Observadas las prescripciones legales de trámite, en esta alzada. Siendo Ponente en las presentes actuaciones, el Magistrado Ilmo. Sr. don Antonio Gallo Erena. Razonamientos Jurídicos: Aceptándose los de la resolución apelada y Primero.– Habiéndose dictado auto el 22 de enero de 2000 en procedimiento de oposición a la declaración legal de desamparo y acogimiento residencial de los menores José Francisco y Silvio cuya parte dispositiva ha quedado transcrita en los antecedentes de esta resolución, por doña Antonia, madre de aquéllos, se interpuso recurso de apelación, compareciendo al acto de la vista en el que pidió la revocación del auto impugnado por entender que en estos momentos la situación de los padres había mejorado en todos los sentidos, su problema de alcoholismo había sido superado y en interés de los menores, entendía que podría hacerse cargo de los mismos. Segundo.– De la valoración en su conjunto de la prueba Que uno de los factores desencadenantes de la practicada se evidencia: A) Que es cierto que la problemática de pareja entre los padres de los menores y para estos mismos, fue en parte importante condicionada por el alcoholismo de la madre y, como se evidencia del informe que aparece al folio 225 así como de los informes del Médico Forense realizados en el Rollo de apelación, este problema aparece superado, lo que sin duda debe incidir positivamente en todos los sentidos. B) Que los padres de los menores cuentan con dos pensiones, él de jubilación y ella de invalidez, así como con un cosa cedida para su uso por el Real Monasterio de Santa Catalina de Sena. C) Pese a lo anterior resulta acreditado desde 1995 (informe 18 de enero de 1995) problemática grave y carencias en relación a los

menores que determinó la necesidad de apoyo del Centro Municipal de Servicios Sociales de Granada y esto no derivaba sólo de lo expresado en el primero de los apartados anteriores. D) Que los menores manifestaron su voluntad de querer continuar en el Colegio pero viendo a sus padres. Derivándose de los informes psicosociales obrante en el expediente la positiva evolución producida en los mismos a partir del acogimiento residencial. Tercero.– Lo expuesto pone de manifiesto la existencia desde hace años de una situación que ha determinado la necesidad de intervención administrativa en auxilio y amparo de los menores, a veces a instancia del propio padre cuando se veía desbordado por los acontecimientos tal como se prevee en el número 2 del artículo 172 del CC. También se constata que uno de los problemas fundamentales que originaba todo ello aparece sustancialmente mejorado evidenciándose una voluntad de avance en ese sentido que debe ser tenida en cuenta. De esta forma debemos resaltar que si bien es cierto que en este tipo de actuaciones, tal como se deriva de lo dispuesto en el artículo 172.4 del CC, para decidir al respecto debe de tenerse en cuenta el interés prevalente del menor, de lo prevenido en este mismo precepto en relación con el artículo 11.2.b) de LO 1/1996 y la Ley 1/1998 de la CA de Andalucía, no podemos olvidar que siempre que sea posible y no contrario a dicho interés prevalente, deberá tenderse a la reinserción en la propia familia. Por otro lado el desamparo debe declararse como medida que posibilite adoptar las precisas para el interés del menor cuando éstos se encuentren privados de la precisa asistencia moral o material por incumplimiento de los deberes de guarda y protección o porque no resulte posible por circunstancias cumplir adecuadamente con dichos deberes. Cuarto.– Por todo lo expuesto considerando este Tribunal que en su conjunto la prueba practicada pone de manifiesto que concurrieron en su momento las circunstancias precisas que obligaban a la Administración a declarar el desamparo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículo 23 de la LO 1/1996 y también 23 de la Ley 1/1998 de la CA de Andalucía, en concordancia con el artículo 172 del CC, la impugnación que de ello se hace no podrá prosperar pero no podrá dejar de tenerse en cuenta y valorarse como antes se ha resaltado, por un lado que uno de los motivos fundamentales que condicionó en parte la situación de desamparo fue la situación de salud de la madre, habiendo instando el padre el auxilio de la Administración y otro además que todo ello ha evolucionado positivamente existiendo ahora datos objetivos y una actitud de cambio de los padres que ponen de manifiesto unas perspectivas que posibilitan pensar que en un futuro próximo puedan llegar a reinsertarse los menores en su propia familia, por lo que el acogimiento residencial que se acordó entiende este Tribunal que si bien debe ser mantenido por ahora, deberá de potenciarse la relación de los menores con sus padres todo lo posible, de acuerdo con los informes técnicos de seguimiento que deberán efectuarse al efecto, para evaluar la posible reinserción de los menores en su familia en un plazo máximo de un año. Quinto.– No procede condena en costas del recurso. Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal dispone: Desestimar el recurso confirmándose la resolución apelada si bien deberá procederse a potenciar la relación de los menores con sus padres en lo posible, de acuerdo con los informes técnicos de seguimiento que deberán efectuarse al efecto, para evaluar la posible reinserción de los menores en su familia en un plazo máximo de un año. No ha lugar a condena en costas. Así, por esta nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.»

El hecho, de la inexistencia de constancia de que se procediera a potenciar la relación de los menores con los padres, caso de que hubiera sido posible, de acuerdo con los informes técnicos que deberían haberse llevado a cabo al afecto, para evaluar la posible reinserción de los menores en el indicado plazo, no constatándose actividad al efecto del órgano jurisdiccional ni por sí ni acerca de la Consejería, de la últimamente citada, ni tampoco de la propia parte ahora apelante, no instante de nada al respecto, nos sitúa en la misma situación existente cuando dictamos el Auto de 9 de julio de dos mil uno, debiendo fundamentar por remisión al mismo, en lo que aquí concierne, reproduciendo su parte dispositiva.

Las circunstancias de hecho expuestas, aconsejan la no imposición de las costas del recurso (artículo 398-2 en relación con el artículo 394.1).

Revista de Derecho de familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

Prospera el expediente del artículo 49 de la Ley para inscribir la filiación paterna no matrimonial porque hay escrito indubitado del padre, está probada suficientemente la posesión de estado, ha habido notificación personal a todos los interesados y el Ministerio Fiscal no se ha opuesto.

RESOLUCIÓN DE 3 DE MARZO DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ En fecha 28 de abril de 2003 doña J.C.B de A., nacida en M. el día 31 de enero de 1929, de estado civil viuda, de nacionalidad mejicana solicitaba ante el Registro Civil de M. la incoación del expediente sobre reconstrucción de su inscripción de nacimiento con la filiación y apellidos maternos. La compareciente solicitó la determinación de la filiación paterna no matrimonial respecto de su padre don E.C.A. Como documentación acreditativa de su pretensión la promotora aportó certificación literal de nacimiento que se pretende reconstruir, certificación de bautismo, fotocopia cotejada de su pasaporte, fotocopia de su certificado de nacionalidad mexicana, acta del matrimonio de la compareciente con don S. de A. L., vitae y carta de naturalización mexicana a favor de don E.C.

⊙ Presentado el escrito inicial y sus documentos adjuntos, se acordó la incoación del expediente gubernativo sobre reconstrucción de asientos y de determinación de la filiación paterna no matrimonial con intervención y audiencia del Ministerio Fiscal, acordándose como primeras diligencias citar a la promotora del expediente a fin de que se ratificase en el escrito inicial, se unieran al expediente testimonio de las diligencias de apertura y cierre del tomo en que se encuentra la inscripción de nacimiento, así como de las inscripciones inmediatamente anterior y posterior a aquélla y notificar a las personas con interés en el expediente, la incoación del mismo.

⊙ En fecha 29 de abril de 2003 comparece la promotora del expediente quien manifiesta que vivió siempre con su padre en España y después cuando tuvieron que exiliarse en Francia, en México hasta 1951 cuando falleció su padre, en México, el día 14 de febrero de 1951. Que su padre siempre se ocupó de la compareciente y que cuidó de ella. Que su padre siempre tuvo la intención de volver a España y reconocer a sus hijos pero no pudo. Que su padre estaba casado y por eso, debido a las leyes que había en aquel momento no pudo reconocer a los hijos que tuvo con la madre de la compareciente. Que la esposa de su padre se llamaba M.L.-C. y S. y en este matrimonio no hubo hijos, de hecho tanto la compareciente como su hermano E. vivieron con su padre y la esposa de éste y ambos cuidaron de los dos hermanos, incluso después de fallecer el padre de la compareciente, la esposa de éste siguió encargándose de los dos hermanos. Que el hermano de la dicente, E.C.B., nació en M., el 1 de marzo de 1928 y cree que también fue inscrito sólo con filiación y apellidos maternos, pero igualmente ha usado toda su vida el apellido paterno y materno, y ha vivido con la compareciente y su padre y éste se ha ocupado y cuidado del mismo. Que desde que murió la madre de la comparecencia, en 1937, fue el padre de la compareciente quien se ocupó de ella y de su hermano y marcharon con él al exilio en Francia y luego a México. Que por ello solicita que conste en su inscripción de nacimiento su

filiación paterna y el apellido de su padre que es el que la compareciente ha venido usando durante toda su vida. Aporta en ese momento tarjeta personal de su hermano E.C.B.

⊙ Practicadas dichas diligencias se dio traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal a fin de que emitiese el oportuno informe. El Ministerio Fiscal informó en el sentido de que procedía la inscripción y reconstrucción solicitada con filiación materna y apellidos maternos B.R.

⊙ En fecha 28 de octubre de 2003 el Juez Encargado del Registro Civil de M. dicta un auto por el que acuerda practicar la reconstrucción de la inscripción de nacimiento de J.B.R., mediante traslado y extensión de una nueva inscripción y cancelación de la parcialmente destruida con los siguientes datos y menciones; J.P.R.B., mujer, nacida el 31 de enero de 1929; datos de la madre: S.B.R., nacida en L. sin constar fecha de nacimiento, contaba con 38 años de edad. Datos del padre: J. No consta el matrimonio de los padres. No procede, por tanto, acceder a la determinación de la filiación paterna no matrimonial, al no quedar suficientemente acreditada la misma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil.

⊙ En fecha 13 de noviembre de 2003 la interesada presenta recurso aportando nuevos documentos.

⊙ Ratificada la interesada, el Ministerio Fiscal interesa en fecha 27 de noviembre de 2003 la confirmación del auto de 28 de octubre de 2003 por sus fundamentos. El Juez Encargado del Registro Civil de M. ordenó la remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⊙ La DGRN acordó: 1.° Confirmar el auto apelado. 2.° Ordenar la inscripción de la filiación paterna no matrimonial de la interesada como hija de don E.C.A. 3.° Denegar la solicitud de cambio del nombre propio por no haberse acreditado que el auto apelado ha sido dictado por el Registro Civil competente para resolver sobre tal petición.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Tres son las peticiones que formula la promotora en su escrito inicial, la primera, y en la comparecencia de ratificación, las dos restantes, a saber: 1.a Reconstrucción de su inscripción de nacimiento. 2.a Inscripción de su filiación paterna no matrimonial. 3.a Cambio de su nombre a J. De las tres, sólo la primera ha sido resuelta por el auto recurrido, estimándose la misma en los términos interesados por la promotora en su escrito de 28 de abril de 2003, en el que solicitaba «la reconstrucción de su inscripción de nacimiento, con la filiación y apellidos maternos», que ha sido lo acordado, por lo que respecto de dicha cuestión procede la confirmación del auto. No contempla éste las otras dos peticiones, respecto de las cuales, por razones de economía procesal, procede examinar si concurren los requisitos necesarios para que puedan ser atendidas en esta instancia.

Con referencia a la segunda de las peticiones formuladas, en ausencia del reconocimiento de paternidad no matrimonial puede inscribirse la correspondiente filiación paterna en el expediente al que alude el artículo 120.2 del Código civil y que regulan los artículos 49 de la Ley del Registro Civil y 189 de su Reglamento. Para el éxito del expediente es preciso que haya un documento indubitado del padre en el que expresamente reconozca la paternidad, o bien que el hijo se halle en la posesión de estado continua de hijo no matrimonial del padre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. Además es necesario que no haya oposición, en el sentido que indica el artículo 189 del Reglamento, del Ministerio Fiscal ni de parte interesada notificada personal y obligatoriamente. En el presente caso, el expediente se promueve ante el Registro que debe practicar la inscripción (cfr. artículo 342 RRC), no consta la oposición expresa del Ministerio Fiscal y aparece suficientemente acreditada en el expediente la posesión de estado continuada como hija natural de don E.C.A., adverada

por actos directos del mismo padre (consta como hija, menor de edad, en la carta de naturalización del padre dada en la ciudad de Méjico el 16 de junio de 1949), de su familia (acreditados por la documentación aportada) y de la propia interesada (que ha usado el apellido paterno y en todo momento se ha manifestado como hija de aquél). Además es necesario que no haya oposición de ninguno de los posibles interesados que deben ser notificados personalmente de modo obligatorio, porque si concurre oposición de alguno la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse por la vía judicial ordinaria. Consta que éstos han sido notificados y no se han opuesto.

Respecto de la tercera de las cuestiones, cambio de nombre de J.-P. a J., no está acreditado en el expediente el domicilio de la interesada que es el que determina la competencia del Registro Civil que debe instruir el expediente (cfr. artículo 365 RRC) por lo que no cabe resolver la solicitud, sin perjuicio de que se inste el expediente oportuno ante el Encargado del Registro competente.

FILIACIÓN

Se inscribe la filiación matrimonial presumida del hijo de casada, porque no se ha probado que el nacimiento haya acaecido pasados 300 días desde la separación de los cónyuges.

RESOLUCIÓN DE 31 DE ENERO DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

Por comparecencia ante la Encargada del Registro Civil de A., con fecha 14 de octubre de 2003, doña N.R.N., nacida en la localidad de B. (Francia) el 23 de noviembre de 1966 y domiciliada en la localidad de R., solicitaba la inscripción del nacimiento de su hijo A., nacido en el Hospital de A. el 26 de septiembre de 2003, con los apellidos «M.R.», manifestando que actualmente estaba separada de don A.M.D. con quien contrajo matrimonio el 8 de julio de 1989, habiendo sido dictada sentencia de separación en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de A. con fecha 17 de diciembre de 2002. Acompañaba los siguientes documentos: certificado de empadronamiento; fotocopia de testimonio de la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3; fotocopia Libro de familia (folio matrimonio); fotocopia DNI; certificado negativo de inscripción de nacimiento expedido por el Hospital de A. y cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil, figurando como padre A. M.D. y siendo declarante la madre del menor.

Citado por el Encargado del Registro Civil, el 15 de octubre de 2003, comparece don A.M.D., nacido en L. el 8 de enero de 1968, domiciliado en la localidad de C. y separado de la solicitante, manifestando que la fecha de separación de hecho con doña N.R. era el mes de julio de 2002, no recordando si se habían juntado, puesto que él estuvo con depresión cinco meses; preguntado si reconocía como hijo suyo al menor que se deseaba inscribir, nacido en el Hospital A. el 26 de septiembre de 2003, manifestó que no lo reconocía no queriendo que se le pongan sus apellidos, finalmente manifestó que se había enterado del embarazo de N. R. en el mes de enero o febrero de 2003. Con fecha 20 de octubre compareció doña N. R., manifestando ante el Encargado que la fecha de su separación fue finales de marzo de 2003, que aunque presentaron el convenio para demanda de separación siguieron conviviendo hasta la fecha arriba indicada, finalmente manifestó que habían mantenido relaciones íntimas hasta dicha fecha.

Notificado el Ministerio Fiscal de la incoación del expediente, éste informó que se oponía por no estar acreditado totalmente el alumbramiento antes de los 300 días siguientes a la separación de hecho. La Encargada del Registro Civil dictó auto el 21 de octubre de 2003 acordando denegar la inscripción

del reconocimiento del hijo matrimonial promovido por doña N.R.N., respecto al menor A., alegando como fundamentos que examinadas las circunstancias que concurrían en el expediente iniciado no podían prosperar el procedimiento del promotor, (artículo 116 del CC), por cuanto aunque de la documental aportada en el expediente constaba que N.R. y A.M. obtuvieron sentencia de separación el 17 de diciembre de 2002, y que el niño A. había nacido el 26 de septiembre de 2003, lo cierto era que A.M. había manifestado que no podía reconocer al hijo como suyo, por cuanto estaba separado de hecho de su esposa desde julio de 2002, y por tanto teniendo en cuenta que el texto legal citado establecía el plazo de presunción en 300 días, pero no sólo desde la resolución judicial de separación sino desde la separación de hecho, la cual data el Sr. M. en julio de 2002, era claro que no quedaba acreditado que el alumbramiento del menor se producía antes de los 300 días siguientes a dicha separación.

⊙ Notificado el Ministerio Fiscal y los interesados por comparecencia en el Registro Civil; don A. M., el 27 de octubre de 2003, manifestó estar conforme con la resolución que se le notifica en ese acto, solicitando se procediera a la práctica de lo acordado en la misma y se tenga por firme la resolución dictada; al día siguiente compareció doña N.R. quien manifestó estar conforme con la resolución notificada solicitando se proceda a la práctica de lo acordado en la misma.

⊙ Firme el auto dictado, el Encargado procedió a la inscripción del menor A. en la sección primera de ese Registro Civil, y no estimándose necesaria la práctica de nuevas diligencias, ordenó el archivo del expediente sin más trámites; expedido el libro de familia, fue remitido a la madre del menor, inscrito en el tomo 223, página 319 del Registro Civil de A., a través del Registro Civil de su domicilio.

⊙ Con fecha 14 de noviembre de 2003, tiene entrada en el Registro Civil de A., escrito de recurso interpuesto por doña N.R. ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando se dicte nueva resolución por la que sea revocada la dictada con fecha 21 de octubre de 2001, acordando la inscripción del menor A., como hijo matrimonial de A.M. y N.R., inscribiéndole en el Registro Civil que corresponda con los apellidos «M.R.»; fundamentaba su solicitud haciendo las siguientes alegaciones: que a la vista del convenio regulador aportado en el momento de solicitud de la inscripción, se señalaba como fecha del mismo la de 29 de noviembre de 2002, haciendo la observación de que en el mismo figuraba que ambos esposos tenían el mismo domicilio, sin embargo a continuación se podía leer «... el esposo saldrá de dicho domicilio», dice «saldrá», por lo que todavía no había salido, lo que prueba que en el momento de la firma del convenio los esposos todavía vivían juntos, no existiendo ni autorización ni fecha para que el esposo salga del domicilio, se entiende que lo haría en el momento de la sentencia, por todo ello, en este caso, se cumplía la presunción del artículo 116 del CC, de donde se desprendía que los esposos vivieron juntos por lo menos hasta el 29 de noviembre de 2002, e incluso con posterioridad a la Sentencia, y hasta mitad de marzo como ella había manifestado en su comparecencia ante el Encargado, añadía que aun teniendo dudas, y tomando la fecha más lejana en el tiempo, es decir 29 de noviembre de 2002, la del convenio regulador, estaban dentro de la presunción de los 300 días, y más aun si se tomaba la fecha de la sentencia.

⊙ En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal reiteró su informe anterior. La Encargada del Registro Civil remitió el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución, estimando procedente lo solicitado por la promotora.

⊙ La DGRN estimó el recurso y revocó el auto apelado, dejando a salvo la impugnación judicial de la filiación matrimonial por los legitimados al efecto.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión básica que se discute en las presentes actuaciones de inscripción de nacimiento fuera de plazo es la filiación que debe figurar en el asiento. A estos efectos hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (cfr. artículo 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código civil y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. artículo 386 LEC). Desde el momento en que se solicita la inscripción de una filiación está cumplido el requisito exigido para admitir como prueba la presunción de paternidad del marido (cfr. artículos 113 CC y 2 LRC).

En el caso presente el niño ha nacido el 26 de septiembre de 2003 y, según el marido de la madre, la separación de hecho entre los cónyuges se remonta al mes de julio de 2002, pero no hay pruebas que confirmen estas manifestaciones, sino que, por el contrario, la madre declara que la separación de hecho no se produjo definitivamente hasta diciembre de 2002, fecha que resulta confirmada por las manifestaciones sobre el domicilio de ambos cónyuges contenidas en el convenio de separación judicial. No hay, pues, pruebas suficientes de que el nacimiento haya acaecido pasados trescientos días desde la separación, máxime cuando existe la presunción legal de que los cónyuges viven juntos (cfr. artículo 69 CC).

Siendo esto así, ha de inscribirse la filiación matrimonial y la oposición del marido de la madre habrá de hacerse valer en la vía judicial oportuna.

FILIACIÓN

No es inscribible, por exigencias del principio de veracidad biológica, un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial, cuando hay datos suficientes por las declaraciones de la madre que el reconocimiento no se ajusta a la realidad.

RESOLUCIÓN DE 2 DE FEBRERO DE 2004

ANALISIS DEL CASO

El 4 de agosto de 2003, el Juzgado de Paz de C.-L. pone en conocimiento del Juez Encargado del Registro Civil de S. que el 1 de agosto de 2003 se personó en ese Juzgado de Paz don G.R.E., vecino de esa localidad, mayor de edad, casado y de nacionalidad ecuatoriana, manifestando su deseo de inscribir el nacimiento de un varón ocurrido el día 14 de julio de 2003, el Encargado a la vista de la documentación presentada comunicó al solicitante que antes de proceder a la inscripción solicitada tenían que comparecer los padres del niño solicitando la inscripción de nacimiento en el Registro Civil del domicilio y estar empadronados en ese Ayuntamiento; el compareciente manifestó que él era el padre del nacido y que la madre estaba empadronada en ese Ayuntamiento; consultado el padrón de habitantes, se comprobó que doña L.K.S. se encontraba empadronada en ese Ayuntamiento desde el día 24 de febrero de 2003, siendo su procedencia de Ecuador, si bien se hacía constar que al ser un municipio pequeño y en el cual se conocían todos los vecinos, se comprobó que la madre no era la esposa de don L.-G.R., quien declaró ante el Encargado que él no era el padre del niño y que la madre era hija de su esposa, que su esposa al realizar un viaje a Ecuador su hija le dijo que estaba embarazada pero que el padre del niño no quería saber nada y que no se quería quedar en Ecuador, la madre trae a su hija a España, y una vez domiciliada en el municipio

en el que vive su madre, pide a ésta que L.-G. sea el padre del niño puesto que no desea que su hijo sea de madre soltera. Se acompañaba cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil donde don L.-G. R. declaraba el nacimiento de E.-S.R.S., nacido el 14 de julio de 2003 en S.; hijo de L.-G.R.F. y de L.-K. S.M., no existiendo matrimonio entre los padres y certificado negativo de inscripción del recién nacido del Hospital Universitario M. de S.

⊙ Con fecha 8 de agosto de 2003, el Encargado del Registro Civil de S. dictó providencia por la que, a la vista de las manifestaciones contenidas en el escrito enviado por el Juzgado de Paz de C.-L., se suspendiera el plazo para la inscripción de nacimiento solicitada, citándose a don L.-G. R. F. y a doña L.-K. S. M., para alegaciones sobre las manifestaciones contenidas en el escrito enviado por dicho Juzgado de Paz.

⊙ Realizada la comparecencia reservada a cada uno de interesados, el Sr. R. admitió expresamente que no era el padre biológico del nacido, que la madre le solicitó que diera sus apellidos al recién nacido, manifestando expresamente que su voluntad era reconocer al niño como hijo suyo; a continuación compareció doña L. manifestando que el niño fue concebido en Ecuador, que su padre no era don L., a quien pidió expresamente que reconociera a su hijo, para darle sus apellidos porque no quería que su hijo fuera inscrito con un solo apellido, finalizando su declaración solicitando que se hiciera constar su consentimiento para que don L. reconociera al nacido como hijo suyo.

⊙ El Encargado del Registro Civil de S. informó del acuerdo adoptado por el que se ordenaba que por el Juzgado de Paz de C.-L. se procediera a inscribir el nacimiento del niño E.-S., nacido en S. el 14 de julio de 2003 haciendo constar la filiación paterna no matrimonial determinada en virtud del reconocimiento practicado ante el Encargado del Registro Civil, por el Sr. R.F., alegando que el artículo 27 de la LRC establecía que 'el Registrador competente calificara los hechos cuya inscripción se solicite por lo que resultara de las declaraciones y documentos presentados o del mismo Registro; en cuanto a las declaraciones la calificación únicamente comprenderá la capacidad e identidad del declarante, constatándose igualmente la necesaria concurrencia de los requisitos legales establecidos en garantía de la defensa de los intereses del reconocido para la eficacia del reconocimiento», (artículo 124 CC, consentimiento expreso del representante legal del menor reconocido o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal); finalmente el Encargado deberá comprobar que no esté acreditada una filiación contradictoria (artículo 113 CC), siendo necesaria pues la concurrencia de todos estos requisitos para que el reconocimiento sea válido y eficaz sin que pueda investigarse sobre la veracidad biológica; el último párrafo del artículo 113 del CC establece que no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria, en este caso, tras la pertinente comprobación, se concluía que este obstáculo legal no existía; cuando la determinación de la filiación no matrimonial se efectuaba por reconocimiento era obligado respetar lo establecido en el artículo 49 de la LRC y el artículo 124 del CC, que exige para la eficacia del reconocimiento de menor, el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido; en el presente caso había quedado absolutamente acreditado que la madre del nacido en la fecha de la comparecencia ya era mayor de edad, habiendo prestado su consentimiento al reconocimiento del menor, que el Sr. R.E. ha reconocido voluntariamente la paternidad no matrimonial, de acuerdo con el artículo 120, 1.° del CC, exteriorizando una voluntad firme, expresa, indubitada y deliberada, no encontrándose viciado el consentimiento de quien lo manifestó, siendo por tanto el reconocimiento eficaz e inscribible, sin que pudieran evitarlo la absoluta certeza de que la persona que reconoce no es el verdadero padre biológico, finalizaba

que no se podía acreditar plenamente que se estuviera ante un reconocimiento de complacencia, con vistas a obtener alguna ventaja en la adquisición de la nacionalidad española, constando que la madre del menor se aloja en el domicilio de quien reconoce, lo que permitía intuir que el Sr. R. F., en los actos de su vida cotidiana, tratara al nacido como hijo suyo, y sin obviar las limitaciones que el artículo 27 del la LRC impone a la labor calificadora, la única conclusión posible era que el reconocimiento no podía sino entenderse eficaz e inscribible, apto para motivar la práctica del correspondiente asiento, sin que pudiera evitarlo la absoluta certeza de que la persona que reconoce no era el verdadero padre biológico.

⊙ Notificado el promotor y el Ministerio Fiscal, éste interpuso recurso contra el acuerdo dictado, alegando que tanto la madre del menor como el que se quiere hacer constar como padre, ecuatoriano de nacimiento y residente legalmente en España, han manifestado claramente que el reconocido no era hijo del mismo y que lo único que pretenden es darle los apellidos del reconocer, para evitar que figure únicamente con los de la madre, lo que en Ecuador, de donde son originarios, estaba mal visto; inscripción de filiación paterna a la que el Fiscal se oponía por las consecuencias que ello implicaba en nuestra legislación, al ser contraria a la voluntad inspiradora del CC español, que se basa en el principio de la verdad biológica ya que el Registro Civil hace fe de los datos que se inscriben, entre ellas además del lugar y fecha de nacimiento, de la filiación que conste; debiendo tener en cuenta que en nuestro medio social no es necesario que todo niño tenga un padre conocido, y donde la paternidad es una fuente de obligaciones civiles; y ateniéndose a diversa doctrina de la Dirección General, donde se establece que un reconocimiento voluntario de filiación podía ser nulo de pleno derecho, cualquiera que sea su naturaleza jurídica si el mismo es simulado, como ocurre en los llamados reconocimientos de complacencia, y en este caso, no hay duda que este caso era un ejemplo clarísimo, visto que hay pruebas plenas de que el menor no era hijo del reconocedor, y que además este reconocimiento paterno si se llegara a practicar sería una fuente importante de conflictos para el menor, dado que la persona que le pretendía reconocer era el marido de su abuela, de forma que éste ostentaría el doble cargo de padre y abuelo con la confusión que ello puede implicar para un menor; finalmente había que tener en cuenta que esa persona era un residente legal en España con lo cual tendría ventajas a la hora de legalizar su situación del menor.

⊙ El 8 de octubre de 2003, el Encargado del Registro Civil dictó providencia a la vista del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, por la que se suspende la inscripción solicitada hasta la resolución del mismo; poniendo en conocimiento de los interesados el acuerdo adoptado por ese Registro Civil, dándoles traslado al mismo tiempo del recurso interpuesto, dándoles plazo para alegaciones.

⊙ Con fecha 27 de octubre de 2003 los interesados alegaron que se oponía al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, reiterándose en lo ya manifestado en la comparecencia efectuada ante el Encargado del Registro Civil, ya que era su deseo que el menor no figure como hijo de madre soltera, y que conste en su partida de nacimiento el nombre de un padre y así evitar que en el futuro el niño pudiera tener problemas, manifestando el Sr. R. que era consciente en todo momento de las obligaciones que contraería respecto del nacido y estando dispuesto a asumirlas.

⊙ El Encargado del Registro Civil a la vista de lo actuado, remitió lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución, interesando la revocación del acuerdo inicialmente adoptado, por tratarse de un reconocimiento de complacencia, alegando que la vía legal apropiada para conseguir lo solicitado era que el marido adopte la hija de su consorte, sin ruptura de los vínculos jurídicos con la madre biológica.

⊙ La DGRN desestimó el recurso y confirmó el acuerdo apelado, debiendo inscribirse el nacimiento del menor sin constancia de la filiación paterna no matrimonial reconocida.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No hay duda de que la regulación de la filiación en el Código Civil se inspira en el principio de la veracidad biológica, de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad.

Así ocurre en este caso en que, frente al reconocimiento de la paternidad no matrimonial respecto de un menor de edad nacido en España en 2003, la madre ecuatoriana y representante legal del menor ha declarado de modo solemne ante el Encargado que el autor del reconocimiento no es el padre biológico de la nacida, sino que el padre es otro. Esta misma afirmación con igual solemnidad la ha hecho el propio autor del reconocimiento. En tal situación no puede estimarse ni que el citado reconocimiento sea válido (cfr. artículo 6 núm. 4 CC) ni que haya concurrido el consentimiento expreso de la representante legal de la menor establecido para su eficacia (cfr. artículo 124.1, CC).

NOMBRE Y APELLIDOS

En principio el primer apellido del nacido ha de ser el primero del padre y segundo apellido el primero de los de la madre. La opción de anteponer el apellido materno ha de formularse antes de la inscripción.

RESOLUCIÓN DE 10 DE FEBRERO DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Con fecha 10 de febrero de 2003 el Juzgado de Paz de V., remitió a Registro Civil de M. documentación relativa al expediente instruido a mérito de inscripción errónea de la niña C.R.V., a fin de que se adopten las medidas necesarias para su correcta inscripción. Adjuntaba fotocopia de escrito enviado por la Medico Titular de la localidad de V. en la que comunica al Registro Civil de M. lo siguiente: 'que en ese día había tenido constancia del nacimiento de una niña en esa localidad de V., que el parto no había sido atendido por personal de ese Centro de Salud, produciéndose según le referían el día 26 de abril de 2002 a las 11,35 en esa localidad, que era hija de J.-A. R.V. natural de V. y de M.-B. G. G. natural de G.'; fotocopia de libro de familia, cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil, declaración realizada por el padre de la menor y certificación literal de nacimiento donde figura la inscrita con el nombre de C. y los apellidos de G.V., hija no matrimonial de J.-A.R. V. y de M.-B. G. G. y en el apartado de observaciones figura la siguiente anotación: «la inscrita nació de filiación no matrimonial».

⊙ Recibido el expediente en el Registro Civil de M., el Encargado lo remitió al Ministerio Fiscal quien interesó la ratificación de la Doctora firmante del escrito inicial que se había presentado por fotocopia, preguntándosele también acerca de las circunstancias por las que tuvo conocimiento del nacimiento de

la niña, cuyo parto no asistió, si lo fue por asistencia posterior a ésta o a la madre, así mismo solicitó se notificara la incoación del expediente a los padres de la inscrita.

⊙ Por escrito presentado en el Registro Civil, la Médico titular de V., hizo constar que el día 29 de abril de 2002 tuvo conocimiento del nacimiento de una niña, al acudir su padre a su consulta por tener problemas en el Registro al inscribirla, manifestando que acudió a su domicilio para reconocer al nacido, derivándoles al Juzgado de M.

⊙ Los padres de la menor inscrita comparecieron en el Registro Civil de M. el 2 de abril de 2003 manifestando que efectivamente tuvieron una niña llamada C., a la cual pusieron los apellidos segundos, o sea, «G.V.» apellidos de las abuelas, con los que deseaban figurara inscrita la menor, después de haber sido informados por el Registro Civil de V. de que no había ningún problema, cosa que así se hizo, extrañándose ahora la notificación del Juzgado, puesto que ellos creían que la niña había quedado registrada con el nombre y los apellidos manifestados anteriormente.

⊙ El Encargado del Registro por diligencia ampliatoria, hizo constar que a los comparecientes se les había advertido que según la Legislación vigente, y más concretamente los artículos 194 y 198 del Reglamento del Registro Civil, la inversión de apellidos debería ser: como primer apellido el primero del padre y segundo el primero de los personales de la madre, pudiendo decidir de común acuerdo, la anteposición del apellido materno para todos los hermanos.

⊙ Remitido lo solicitado por el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 17 de marzo de 2003, éste estimó procedente la rectificación de la inscripción obrante al Tomo 127 folio 52 del Registro Civil de V. a efectos de ajustar los apellidos de la niña a la legalidad vigente; alegando no ser posible imponer dichos apellidos en la forma que pretendían los padres, ya que en aplicación del artículo 109 del CC determinada la filiación por ambas líneas, el padre y la madre podrán de común acuerdo, decidir el orden de transmisión de su primer apellido. El Encargado del Registro Civil dictó auto con fecha 30 de junio de 2003 acordando practicar al tomo 52, página 127 de la Sección 1.ª del Registro Civil de V., una inscripción marginal en la que se haga constar en primer lugar el primer apellido del padre y como segundo el de la madre, por lo que la nacida se inscribirá como 'C. R. G.', razonando jurídicamente en su resolución que conforme la legislación actual no era posible imponer a un nacido los apellidos de sus abuelos, máxime cuando no se había ejercitado la opción de anteponer el apellido materno al paterno.

⊙ Notificado el Ministerio Fiscal y los interesados, éstos interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que ambos estaban plenamente de acuerdo en la decisión de imponer y consecuentemente inscribir a su hija con los apellidos «V.G.», por lo que así lo hicieron constar en el Registro Civil, por ser éstos los apellidos de las abuelas, renunciando los padres a poner los suyos, por lo que solicitaban en su escrito de recurso no sea practicada la inscripción marginal ordenada en la Resolución que se recurre, y sean mantenidos los apellidos de su hija.

⊙ El Ministerio Fiscal en la tramitación del recurso, estimó la impugnación del mismo por estimar el auto recurrido ajustado a derecho, reiterando su informe anterior. El Encargado del Registro Civil remitió el expediente a la Dirección General de los Registros y Notariado para su resolución.

⊙ La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Cuando se inscribe dentro de plazo el nacimiento de un español y su filiación está determinada, en principio su primer apellido ha de ser el primero del padre y el segundo apellido el primero de los de la madre (cfr. artículos 109 CC; 55 LRC y 194 RRC). La opción de los padres para atribuir a su hijo el primer apellido materno y el segundo paterno ha de ejercitarse «antes de la inscripción» (cfr. artículo 109 CC, redactado por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre). Si no se ejercita en su momento esa opción, ha de inscribirse al nacido con el primer apellido paterno y con el segundo apellido materno (cfr. artículos 109 CC, 53 y 55 LRC y 194 RRC).

En el presente caso la pretensión de los padres de invertir los apellidos de su hijo se ha formulado extemporáneamente, y la de consignar los apellidos de las abuelas no se compadece con la regla antes expuesta contenida en el artículo 109 del Código Civil.

Cuestiones distintas son que el hijo, al llegar a la mayoría de edad, pudiera obtener por simple declaración la inversión de los apellidos y que los padres, cuando exista una situación de hecho consolidada en el uso de los apellidos propuestos (cfr. artículo 57.1.° LRC), puedan obtener del Ministerio de Justicia el oportuno cambio de apellidos del hijo tras un expediente que se instruye en el Registro Civil del domicilio.

ADOPCIÓN

La Instrucción de la DGRN de 15 de febrero de 1999 no ampara el caso planteado en el que se trata de un supuesto de adopción de persona mayor de edad que en el momento de constituirse dicha adopción ya está casada y tiene un hijo.

RESOLUCIÓN DE 21 DE FEBRERO DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

Con fecha 2 de diciembre de 2003, por comparecencia en el Registro Civil de M., don I.S.R., nacido en M. el 19 de abril de 1978 y doña M.-T. de M.C., nacida en M. el 18 de junio de 1979, casados y domiciliados en la misma ciudad de su nacimiento, solicitaban una nueva inscripción de nacimiento de su hijo D., el cual figura inscrito en ese Registro Civil al Tomo 245, página 257, con los apellidos 'S. R.', manifestando que aunque su hijo no era adoptado, realizaban esa solicitud para que al margen de su inscripción de nacimiento no figure anotación alguna relacionada con los cambios que la adopción de la solicitante generó en la inscripción de su hijo. Acompañaban los siguientes documentos: fotocopia DNI de ambos solicitantes; certificación literal de nacimiento del menor, donde figura como filiación materna: apellidos de la madre «R.C.»; hija de R. y M.-T. y donde existen 3 notas marginales: *a)* el segundo apellido de la madre del inscrito ha pasado a ser «De M.», practicándose ese asiento en virtud del artículo 218 del R.R.C., según consta en el Registro Civil de M., inscripción de nacimiento de la madre, los apellidos de la inscrita son «S. y de M.»; b) En la inscripción marginal de nacimiento, el primer apellido de la madre del inscrito era el de «De M.», y no el que constaba por error, se practicaba esa inscripción en virtud de resolución dictada el 20 de junio de 2003, por resolución de expediente en el Registro Civil de M.; y finalmente c) el nombre del abuelo materno ha pasado a ser el de «E»; y fotocopia compulsada de contestación a la consulta realizada por los promotores a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⊙ Visto lo solicitado y la documentación presentada el Encargado del Registro Civil de M. con fecha 12 de diciembre de 2003, dictó providencia por la que declaraba no haber lugar a extender una nueva acta de nacimiento del menor D.S. de M., obrante en ese Registro Civil, alegando que la cancelación de un asiento registral y la extensión de uno nuevo que refleje cualquier dato rectificado, está prevista, exclusivamente, para las actas de nacimiento que contengan una filiación adoptiva, según la autorización contenida en la Instrucción de la Dirección General de los Registros de fecha 15 de febrero de 1999, no encontrándose el presente caso dentro de tal supuesto, pues la modificación del segundo apellido del menor inscrito es consecuencia de una adopción que no afecta a aquel sino a su progenitora; no existiendo obviamente reflejo alguno de tal adopción en el acta del menor, sino simplemente una referencia al cambio del primer apellido de la madre y al consiguiente cambio del segundo del hijo; por otra parte, la cancelación de un asiento está prevista en el artículo 307 del RRC, pero debía ser ordenada en alguna resolución y responder, generalmente a la existencia de una multiplicidad de asientos marginales, que podían llegar a hacer confusa la perfecta identificación de la persona inscrita, situación que tampoco concurría en ese caso, pues simplemente se ha producido un cambio de apellido de la madre y del menor inscrito.

⊙ Notificado el Ministerio Fiscal y los interesados, éstos mediante comparecencia ante el Registro Civil, interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado manifestando no estar conforme con la resolución dictada.

⊙ El Ministerio Fiscal en la tramitación del recurso, estimó la confirmación de la Resolución recurrida, por sus propios fundamentos. El Encargado del Registro Civil remitió lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución informando que al considerar que ese caso no se encontraba dentro del supuesto contenido en la Instrucción de la Dirección General, ni tampoco dentro del supuesto previsto en el artículo 307 del RRC no era posible la práctica de la nueva inscripción de nacimiento del menor.

⊙ La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La adopción da lugar en el Registro Civil español a una inscripción marginal en el asiento de nacimiento del adoptado (cfr. artículo 46 de la Ley del Registro Civil). Ello supone que en el mismo folio registral aparece reflejada la filiación anterior, o la ausencia de filiación, del adoptado y la nueva filiación adoptiva destinada a desplegar la plenitud de efectos. Esta circunstancia puede dar lugar a confusiones y a la posibilidad de que erróneamente se dé publicidad a través de una certificación literal a datos que afectan a la intimidad familiar.

Por razón de la conveniencia de evitar tales inconvenientes esta Dirección General de los Registros y del Notariado autorizó mediante Instrucción de 15 de febrero de 1999 que la filiación adoptiva fuera objeto de una inscripción principal de nacimiento que reflejara sólo los datos sobrevenidos por la adopción, con referencia a la inscripción previa de nacimiento y adopción en la que se comprende todo el historial jurídico del adoptado, y ello con base a que si en una Resolución de la Dirección General de los Registros puede ordenarse, para mayor claridad, que se extienda un nuevo asiento que recoja los datos rectificados y la cancelación del antiguo asiento (cfr. artículo 307, I, del Reglamento del Registro Civil), también ha de ser posible que este Centro Directivo ordene con carácter general que se emplee análogo sistema para determinadas adopciones, si se dan circunstancias que lo aconsejen, a solicitud de los adoptantes y respecto de los adoptados menores de edad.

En el caso concreto planteado en este recurso, se trata de un supuesto de adopción de persona mayor de edad que en el momento de constituirse dicha adopción ya está casada y tiene un hijo. La citada

Instrucción no ampara, pues, el supuesto ahora contemplado en el que la aplicación del citado mecanismo registral no se solicita respecto de la inscripción de nacimiento que refleje la filiación adoptiva, esto es, en cuanto a la inscripción de nacimiento de la persona adoptada, sino respecto de la que corresponde a la hija de ésta, nieta del adoptante. Sólo en relación a la primera de las inscripciones citadas, la de nacimiento del hijo de la adoptada, siendo éste menor de edad y siempre que la solicitud sea formulada conjuntamente por ambos progenitores ante el Encargado del Registro Civil, y para el caso de que las marginales de modificación del apellido materno reflejasen el origen de la misma como derivado de una adopción, cabría estimar favorablemente una aplicación analógica de la citada Instrucción. En el presente caso no concurre la última circunstancia mencionada por cuanto las inscripciones marginales practicadas en la inscripción de nacimiento del hijo de los recurrentes en las que queda constancia de la alteración del primer apellido de la madre y del segundo del nacido no incluyen mención alguna a la circunstancia de que tal cambio de apellidos se haya derivado de la adopción de aquélla, por lo que decae el motivo justificativo de la aplicación del mecanismo registral previsto en la Instrucción de 15 de febrero de 1999.

MATRIMONIO

Se inscribe el matrimonio entre español y ecuatoriana porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial, que si bien es cierto que se conocieron por medio de Internet, que han convivido poco tiempo, habiéndose celebrado el matrimonio por poderes, y que no se ha aportado ninguna prueba de la existencia de relaciones telefónicas o epistolares ni del envío de sumas de dinero por parte de alguno de ellos al otro, de las audiencias reservadas, que constituyen el trámite esencial, no han revelado ningún hecho o desconocimiento que permita concluir, sin género de dudas, que no hay verdadero y propio consentimiento matrimonial.

RESOLUCIÓN DE 5 DE FEBRERO DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

En fecha 4 de junio de 2003 doña María Eugenia, nacida en Guayaquil, Ecuador, el 1 de septiembre de 1973, solicita en el Consulado de España en Quito –Ecuador– la inscripción de su matrimonio con don Juan, de nacionalidad española, nacido el 11 de septiembre de 1964 en Los Balbases (Burgos), celebrado el día 6 de mayo de 2003 en Guayaquil mediante poder otorgado en marzo de 2003 ante el Cónsul General de Ecuador en España a favor del Sr. Toscanelli. Se aportaba como documentación acreditativa de la pretensión la hoja declaratoria de datos para la inscripción, certificado de nacimiento y fotocopia del DNI y fotocopia del pasaporte del contrayente, fotocopia del pasaporte de la contrayente y poder especial del Sr. Toscanelli.

En fecha 27 de junio de 2003 comparece el contrayente ante el Registro Civil de Torrejón de Ardoz manifestando que contrajo matrimonio el pasado 6 de mayo de 2003 con doña María Eugenia; que la conoció a través de Internet en abril del año pasado; que comenzaron a escribirse y a llamarse por teléfono; que fue a verla a Ecuador el 19 de septiembre del año pasado; que estuvo 15 días; que es el único viaje que ha hecho; que conoció a sus padres y hermanos; que tiene dos hermanas; que ella tiene intención de venir a España; que no tienen hijos ninguno de los dos; que son solteros los dos; que ella trabajaba y terminaba la Carrera y tuvo que dejar de trabajar pensando en venir a España; que le gusta hacer gimnasia; que llevan mucho tiempo con papeleos y desean casarse por la Iglesia; que ella tiene posibilidades de trabajar en España; que todos los domingos se llaman por

teléfono y se envían e-mail; que se casaron por poderes el día 6 de mayo. En fecha 4 de junio de 2003 comparece en el Registro Civil Consular del Consulado de España en Quito la contrayente y manifiesta, entre otros datos, que conoció a su esposo a través de Internet en un buscador de personas y que a partir de entonces mantienen correspondencia a través de correo electrónico y conversaciones telefónicas; que se conocieron personalmente cuando su actual esposo viajó a Ecuador el 19 de septiembre de 2002 hasta el 3 de octubre de 2002 para pasar sus vacaciones; que tanto ella como su actual esposo no han estado nunca casados; que no conoce personalmente a la familia de su marido pero que los conoce por fotografía y ha hablado por teléfono con su suegra; que la familia de su marido está compuesta por sus padres y por sus tres hermanos; que actualmente no trabaja y está preparando su tesis para trabajar como economista; que estuvo trabajando en la Corporación Aduanera Ecuatoriana de Esmeraldas como asistente financiero administrativo hasta el 31 de enero de 2003; que su marido trabaja en la empresa Ferrovial-Agromán como topógrafo; que como aficiones tiene la práctica de gimnasia; que a su marido le gusta pasear; que quiere viajar a España a mediados de julio de 2003 para residir permanentemente allí y casarse por la iglesia; que en la actualidad vive con sus padres y dispone de los ahorros de su anterior trabajo.

⊙ El Ministerio Fiscal emite informe en fecha 29 de agosto de 2003 en el que dice que de las manifestaciones de los contrayentes estima que hay indicios suficientes para suponer que pueda tratarse de un matrimonio blanco o de conveniencia. El Encargado del Registro Consular deniega en 1 de septiembre de 2003 la inscripción del matrimonio solicitado por entender que los datos objetivos hacen razonable deducir la imposibilidad de que el consentimiento prestado sea en realidad matrimonial y apuntan a una simulación del matrimonio para lograr otros objetivos como son el ingreso en España de la ciudadana ecuatoriana y su eventual obtención de la nacionalidad española.

⊙ Notificada la resolución a los interesados, el interesado presenta recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⊙ De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que no presenta alegación alguna. El Encargado del Registro Civil Consular confirma la resolución apelada y ordena la remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⊙ La DGRN estimó el recurso y revocando el auto ordenó que se inscribiera el matrimonio celebrado el 6 de mayo de 2003 en Ecuador entre don Juan y doña María.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No sólo en el expediente previo para el matrimonio civil, a través del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (artículo 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (artículo 256.3.° RRC), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio. Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (cfr. artículo 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial en la celebración o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. artículo 386 LEC).

En el caso actual los hechos comprobados por medio de esas declaraciones complementarias oportunas no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Las audiencias reservadas practicadas no han revelado ninguna contradicción o desconocimiento básico entre los contrayentes. Es cierto que se conocieron por Internet, que han convivido poco tiempo y que el matrimonio se celebró por poderes. Es también cierto que en el expediente no se ha aportado ninguna prueba de la existencia de relaciones telefónicas o epistolares ni del envío de sumas de dinero por parte de alguno de ellos al otro, pero las audiencias reservadas, que constituyen el trámite esencial, no han revelado ningún hecho o desconocimiento que permita concluir, sin género de dudas, que no hay verdadero y propio consentimiento matrimonial.

Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2.ª de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa». «Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. artículo 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

MATRIMONIO

Se inscribe el matrimonio entre español y dominicana porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial. Los contrayentes tienen un hijo en común y al expediente se han aportado pruebas de los frecuentes viajes que él ha realizado a la República Dominicana y del regular envío de sumas de dinero por parte de él a ella.

RESOLUCIÓN DE 12 DE FEBRERO DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ En fecha 11 de julio de 2002 comparece ante el Encargado del Registro Civil de M. don J.-A.S.P., nacido en B. el día 12 de mayo de 1953, divorciado, de nacionalidad española, para instar la inscripción del matrimonio civil celebrado en P. –República Dominicana– el día 14 de junio de 2002 con doña Y. del O.T., nacida el 4 de marzo de 1982 en N. –República Dominicana–, soltera, de nacionalidad dominicana. Aporta acta de matrimonio inextensa de la Junta Central Electoral (Oficialía de Estado Civil) de la República Dominicana, certificado de nacimiento y inscripción de la sentencia de divorcio del anterior matrimonio del contrayente y fotocopia del pasaporte de la contrayente.

⊙ En fecha 28 de noviembre de 2002 comparece la contrayente ante el Registro Civil Consular quien manifiesta, entre otros datos, que tiene 20 años de edad y su esposo 49 años; que se casaron en P. el 14 de junio de 2002; que se conocen desde 1996 y mantienen relación sentimental desde 1997; que se conocieron en P. a través de una amiga común; que han convivido durante un mes en P.; que tienen una hija en común de 4 años; que ella tiene un hijo por separado de 2 años de edad; que nunca ha viajado a España; que su esposo vive en B. con su madre; que le gustaría quedarse a vivir en España; que su esposo trabaja en la estación del tren; que no sabe cuáles son los ingresos de su esposo; que su

esposo la mantiene; que se comunican por teléfono y cartas semanalmente; que su esposo nació el 8 de marzo de 1953; que sus suegros se llaman I.-E. y E.; que antes de casarse su marido era divorciado y ella soltera; que su esposo tiene 2 hijos: uno de 24 años (V.) y otro de 18 años (J.); que le gustaría llevarse a sus hijos a España; que no ha solicitado nunca visado en ese Consulado; que su esposo no tiene hermanos; que piensa trabajar cuando esté residiendo en España. En fecha 11 de julio de 2002 es oído bajo juramento el solicitante por el Encargado del Registro Civil de M. manifestando que en el matrimonio que solicitan inscribir no existe obstáculo ni impedimento legal alguno.

⊙ El Magistrado Encargado del Registro Civil Central deniega en fecha 8 de julio de 2003 la inscripción del matrimonio de los contrayentes considerando que los hechos concretos manifestados por éstos deben considerarse elementos objetivos suficientes de los que razonablemente cabe deducir la falta de consentimiento válido para la celebración del matrimonio.

⊙ Notificada la resolución a los interesados, don J.-A.S.P. presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando una resolución que declarara la nulidad de la resolución impugnada y se acuerde la inscripción del matrimonio en el Registro Civil Central.

⊙ De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que informa la procedencia de confirmar el acuerdo recurrido por sus fundamentos. El Magistrado Juez Encargado del Registro Civil Central confirma la resolución apelada y ordena la remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⊙ La DGRN estimó el recurso y ordenó que se inscribiera el matrimonio celebrado el 14 de junio de 2002 en la República Dominicana entre don J.V.S.P. y doña J. del O.T.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No sólo en el expediente previo para el matrimonio civil, a través del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (artículo 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (artículo 256.3.° RRC), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio. Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (cfr. artículo 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial en la celebración o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. artículo 386 LEC).

En el caso actual los hechos comprobados por medio de esas declaraciones complementarias oportunas no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Las audiencias reservadas practicadas no han revelado ninguna contradicción o desconocimiento básico entre los contrayentes. Además, la que se ha realizado a él ha sido formularia y no es posible extraer de ella ninguna conclusión clara. Por último, los contrayentes tienen un hijo en común y al

expediente se han aportado pruebas de los frecuentes viajes que él ha realizado a la República Dominicana y del regular envío de sumas de dinero por parte de él a ella. Es cierto que ella, en la audiencia reservada, ha cometido algún error y ha expresado algún desconocimiento respecto de los datos personales de él, pero no tienen entidad suficiente como para poder concluir, sin género de duda, la inexistencia de consentimiento matrimonial.

Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2.ª de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa». «Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. artículo 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

MATRIMONIO

Se concede la autorización para contraer matrimonio entre español y ecuatoriana ya que la contrayente reside y trabaja legalmente en España como odontólogo y siendo nacional de origen de un país iberoamericano, podría pretender la obtención de la nacionalidad española por residencia, luego debe descartarse que los interesados pretendan celebrar el matrimonio con la finalidad exclusiva de obtener alguno de estos beneficios.

RESOLUCIÓN DE 16 DE FEBRERO DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

Por comparecencia en el Registro Civil de Guadalajara don Miguel, nacido en Brihuega (Guadalajara) el día 12 de noviembre de 1938, de nacionalidad española, y doña Irma, nacida en Guayaquil (Ecuador) el 20 de agosto de 1964, formulan declaración para contraer matrimonio civil indicando que no existen impedimentos legales para celebrar el matrimonio. Adjuntaban los siguientes documentos: certificaciones literales de nacimiento, sentencia de divorcio y convenio regulador del anterior matrimonio del Sr. Miguel, certificados de empadronamiento, declaración de soltería de la Sra. Irma, documento de identidad de la solicitante, y DNI del solicitante.

Ratificados los interesados, se procede a la publicación de edictos. En audiencia reservada con el contrayente en fecha 25 de septiembre de 2003 manifestó que desea contraer matrimonio con Irma que hace cinco años que lleva en España y ya se conocían de antes por carta y por teléfono a través de unos familiares de ella que conocía. Que es pensionista y ella trabaja de odontóloga en una clínica de león; que viven juntos desde hace cinco años y que tiene casa en Guadalajara y en León; que han decidido casarse porque les parece bien; que conoce a varios hermanos y algunos han venido de viaje; que ella conoció a los padres de él y a sus hijos; que no sabe cómo van a vivir cuando se casen; que se quiere casar y que lo demás pertenece a su vida privada. Seguidamente se practica audiencia reservada con la contrayente quien declara que llegó a España en diciembre de 1988; que llevan cuatro años viviendo juntos; que se conocieron por medio de unos amigos, que trabaja de odontóloga en Vitaldent en León; que viven en Brihuega, que trabaja allí y viene los fines de semana; que ella tiene hermanas allí y allá su madre y que Miguel los conoce; que los padres de Miguel están muertos y conoce a su hermano y a sus hijos; que han decidido casarse porque están viviendo juntos.

⊙ El Ministerio Fiscal emite informe en fecha 1 de octubre de 2003 sin oponerse a la celebración del matrimonio. El Juez Encargado del Registro Civil dictó auto en fecha 2 de octubre de 2003 en el que acuerda no autorizar el matrimonio por entender que del conjunto de la prueba practicada se deduce la falta de consentimiento matrimonial.

⊙ Notificada la resolución a los interesados, éstos presentan recurso en fecha 14 de noviembre de 2003 ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando la estimación del recurso y la autorización del matrimonio y aportando nuevos documentos.

⊙ De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó en fecha 4 de diciembre de 2003 la estimación del recurso por ser conforme con el informe en su día emitido por el Ministerio Fiscal. El Juez Encargado del Registro Civil de Guadalajara emite informe confirmando el auto recurrido ordenando la remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.

⊙ La DGRN estimó el recurso y declaró que no hay obstáculos para que el Juez Encargado autorice el matrimonio.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil existe un trámite esencial e imprescindible (cfr. Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 3.°), como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. artículo 246 RRC).

La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos –especialmente en los matrimonios entre español y extranjero– en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. artículos 45 y 73.1.° CC).

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. artículo 386 LEC).

En el caso actual se trata de la solicitud de autorización para contraer matrimonio civil en España conforme a la legislación de nuestro país que cursan un español y una ciudadana de Ecuador residente en España. El auto dictado por la Juez Encargada del Registro se basa para denegar la autorización en la imposibilidad de poder deducir del trámite de audiencia reservada si existe o no verdadera voluntad de contraer matrimonio, imposibilidad que deriva de la negativa del interesado a contestar a determinadas preguntas amparándose en el derecho a su intimidad. Podría, efectivamente, interpretarse que dicha negativa, que no parece estuviese justificada, revelaba un desconocimiento de algunos datos importantes o una voluntad de evitar el riesgo de dar respuestas equivocadas que pudieran perjudicarle. Pero siendo esto así, y a pesar de ello, conviene examinar si concurren circunstancias que permitan estimar el recurso y permitir la autorización instada. De un lado, hay que valorar las respuestas que se dieron a las preguntas que fueron contestadas, y de otro, procede comprobar si en este caso, hay motivos para apreciar que los contrayentes pretenden utilizar la institución del matrimonio por razones distintas de las que le son propias, tales como, migratorias, económicas, laborales o de adquisición de residencia o nacionalidad, que son las que principalmente originan los matrimonios de conveniencia. En cuanto a la primera cuestión, no se aprecian contradicciones en las respuestas dadas por uno y otro y sí, en cambio, un conocimiento recíproco de circunstancias perso-

nales, familiares y laborales suficiente y la existencia de una convivencia de unos cuatro años. Respecto de la segunda, la contrayente reside y trabaja legalmente en España como odontólogo y siendo nacional de origen de un país iberoamericano, podría pretender la obtención de la nacionalidad española por residencia, luego debe descartarse que los interesados pretendan celebrar el matrimonio con la finalidad exclusiva de obtener alguno de estos beneficios.

Por tanto, si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad el matrimonio pretendido, ha de ser preferible no poner trabas a la celebración del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2.ª de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa».

VIVIENDA FAMILIAR

No es ningún obstáculo para la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de uso atribuido en una sentencia matrimonial que no se establezca en la sentencia el período por el que se concede dicho uso.

RESOLUCIÓN DE 20 DE FEBRERO DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

- Por sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Barcelona, autos 174/92, dictada en el procedimiento de separación sustanciado por los trámites de la Disposición adicional quinta de la Ley 38/1981, de 7 de julio, instado por doña Emilia contra don Francisco A.L., se dice, en los Fundamentos de Derecho de la misma que: «teniendo en cuenta lo indicado en el artículo 91 y siguientes del Código Civil se acuerda: 1.º La asignación del uso del domicilio conyugal así como del mobiliario y ajuar existente en el mismo a doña Emilia y a los dos hijos que con ella conviven». En el fallo de la Sentencia se acuerda: «Se concede la vivienda familiar a doña Emilia». Dicha Sentencia, en cuanto a lo que es objeto del recurso, fue confirmada por otra, también firme, dictada en Apelación de la primera por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona.

- Presentado testimonio de la anterior sentencia en el Registro de la Propiedad, número trece, de Barcelona suspendió la inscripción por falta de determinación suficiente del contenido y alcance del derecho de uso que se atribuye en el mismo, al no apreciarse en modo alguno ni la extensión temporal de aquel derecho, siendo así que el uso a que se refiere el artículo 96 del Código Civil y concordantes de la legislación catalana es esencialmente temporal, conforme a la uniforme interpretación de la doctrina legal y científica, ni la propia naturaleza del derecho atribuido (conforme a la parte dispositiva de la sentencia se dice simplemente que «se concede la vivienda familiar a...») por lo que se incumple el principio de determinación registral (conforme a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento) especialmente considerando que en el presente caso no se determina tampoco el citado límite temporal de forma indirecta en razón de la inexistencia de hijos menores del matrimonio a cuya consideración puede atender la atribución del citado uso.

- Doña Emilia interpuso recurso ante la DRGN que fue estimado acordándose la inscripción.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Motivos del recurso.

Que por lo que respecta a la primera de las apreciaciones efectuadas hay constante jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en el sentido de que no hace falta especificar que ese uso es temporal (Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de mayo, 29 de noviembre y 2 de diciembre de 2002 y 20 de enero de 2003) semejantes todas ellas, al analizar los preceptos legales relativos a la temporalidad de la atribución del uso de la vivienda familiar (artículos 96 del Código Civil y 83 Codi de Familia de Catalunya), en las que se señala que no es preciso que haya de fijarse un plazo, ya que, el uso dura mientras dure la necesidad que lo motivó.

Que por lo que respecta a la segunda de las apreciaciones efectuadas de no precisarse la naturaleza del derecho atribuido, queda salvada la misma por cuanto si bien en el fallo de la Sentencia, por economía, se señala como efecto primero de la separación que se concede la vivienda familiar a doña Emilia y a los dos hijos que con ella conviven, queda claro, que esa concesión, de conformidad con lo dispuesto en la propia Sentencia, se refiere a la asignación del uso del domicilio conyugal como efecto de la Separación que en defecto de acuerdo debe determinar el Juez (artículos 91 y siguientes del Código Civil), por lo que el derecho atribuido es, por tanto, el derecho al uso del que fuera domicilio familiar que es inscribible en el Registro de la Propiedad y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.3 del Codi de Familia de Catalunya y artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Informe del Registrador de la Propiedad.

Que sin prejuzgar la validez civil del derecho atribuido en la sentencia (cfr. artículo 101 del Reglamento Hipotecario), y atendiendo a que, como ha recordado recientemente la Dirección General de los Registros del Notariado, existen requisitos adicionales y distintos a la validez del acto o derecho para permitir su acceso al Registro de la Propiedad por razón de su eficacia *erga omnes*, el motivo de la suspensión radica en la falta de cumplimiento de la exigencia del principio hipotecario de determinación o especialidad.

Que como ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, las exigencias de tal principio impone la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro, en sus elementos subjetivos y objetivos y en cuanto a su contenido y alcance (cfr. artículos 9 la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), lo que impide la inscripción de derechos que presenten contornos difusos o que estén definidos en términos que produzcan indeterminación en extensión de su contenido y alcance.

Que la libertad de creación de los derechos reales que rige en nuestro ordenamiento (artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento), se ha de conciliar con el respeto de los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (artículos 513, 526, 546, 1608 y 1655 del Código Civil) si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad (Resoluciones de 29 de abril de 1999 y 26 de septiembre de 2000).

Que la indeterminación se produce en el presente caso en dos aspectos distintos: A) Falta la delimitación de la naturaleza del derecho atribuido por el carácter impreciso de la fórmula utilizada en el fallo de la sentencia, no siendo función propia del Registrador la de integrar los títulos que inscribe ni es competencia que tenga atribuida llevar a cabo labores de aclaración o corrección de las sentencias judiciales (artículos 208.2.º y 209.3.º y 4.o de la Ley de Enjuiciamiento Civil) funciones que son privativas de los propios Jueces y Tribunales en los términos establecidos en las leyes. B) Se produce indeterminación en cuanto a la falta de delimitación de la extensión temporal del derecho atribuido, en el caso de que éste fuera el derecho de uso sobre la vivienda familiar y no el pleno dominio de la misma.

Que cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se reconozca al derecho de uso de la vivienda familiar de lo que no cabe duda alguna es de que se trata de un derecho temporal, «derecho de ocupación, provisional y temporal» dice la más reciente Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 y así lo proclama uniformemente no sólo doctrina legal, sino también la científica.

Que la necesidad de fijar un límite temporal a tales derechos también resulta cuando se contempla el mismo no en razón de su naturaleza personal o real, sino como limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (artículo 90 del Código Civil y Resolución de 25 de octubre de 1999), limitación que «únicamente será eficaz si es temporal» (artículo 166 del Código de Sucesiones de Cataluña y constante jurisprudencia registral, abundando en la misma conclusión la reciente regulación catalana sobre los derechos de uso contenida en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, en sus artículos 34 y 40.2.º).

Que la necesidad de concretar el alcance y contenido del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en convenio de separación matrimonial, sin que a tal efecto sea suficiente la delimitación temporal del

mismo por «mientras razonablemente lo necesiten en el orden económico (los hijos concesionarios del derecho)» ha sido confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 1 de septiembre de 1998.

3. Doctrina de la DGRN.

Se presenta en el Registro testimonio de una sentencia de separación dictada en 1993. En los Fundamentos de Derecho de la sentencia se dice: «teniendo en cuenta lo indicado en el artículo 91 y siguientes del Código Civil se acuerda: 1.º La asignación del uso del domicilio conyugal así como del mobiliario y ajuar doméstico existente en el mismo a doña XX y a los dos hijos que con ella conviven». En el fallo de la Sentencia se acuerda: «Se concede la vivienda familiar a doña XX». El Registrador suspende la inscripción por no precisarse ni la extensión temporal del derecho de uso, ni la propia naturaleza del derecho atribuido, por lo que se infringe el principio de determinación registral. La interesada recurre.

Realmente son dos los defectos que señala la calificación: la no determinación del derecho que se atribuye y la falta de especificación de la duración del mismo. En cuanto al primero, es cierto que lo determinante de una resolución judicial es el fallo, pero, aunque pueda ser confuso –y más en el caso examinado en que la vivienda está inscrita con carácter ganancial– dicho fallo ha de ser interpretado en función del contenido de los Fundamentos de la sentencia, y es claro, según éstos que lo que se está atribuyendo es el uso de la vivienda familiar.

Más dificultades plantea la cuestión de si tal derecho de uso debe tener imprescindiblemente un plazo de duración para que pueda inscribirse. La conclusión más correcta es que tal señalamiento del plazo no es necesario, y ello porque: a) si bien ha de constar en el Registro el plazo de duración de los derechos reales de carácter temporal, el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. artículo 96, último párrafo, del Código Civil); b) tal derecho de uso, aunque no se señale un plazo de duración, siempre tendrá un término máximo: la vida del cónyuge a quien se atribuye; y c) la atribución del repetido derecho no es irrevocable, pues, como parte de las medidas que acuerda el Juez en los casos de separación y divorcio, habrán de cambiarse cuando se alteren las circunstancias (cfr. artículo 91 *in fine* del mismo cuerpo legal), con lo que el señalamiento de un plazo de duración podría inducir a confusión siendo tal plazo, por su naturaleza, esencialmente prorrogable.

Revista de Derecho de
familia

SECCIÓN PRÁCTICA

Reclamación de gastos extraordinarios

Trámites a seguir

Todos sabemos que con el pago de la pensión no se agota la obligación alimenticia que los padres tienen con los hijos y es posible que, hasta que adquieran su independencia económica, se generen algunos gastos que por su carácter de extraordinarios no se contemplasen en el momento de fijar la cuantía de la pensión alimenticia.

Lógicamente, la circunstancia de que estos hijos, sean mayores o menores de edad, estén conviviendo con un solo progenitor, no implica que éste sea el que tenga que abonarlos en su integridad ya que al estar comprendidos dentro del artículo 142 del Código Civil es obligación de ambos progenitores subvenir a todas las necesidades de los hijos (artículos 92 y 93 del CC). Con independencia de ello viene siendo habitual que tanto en los convenios reguladores como en las sentencias judiciales se establezca el pronunciamiento de que «los gastos extraordinarios de los hijos serán sufragados por mitad entre ambos progenitores», o en la proporción que, en atención a los ingresos de ambos, se estime más adecuada, aunque bien es cierto hay muchos convenios y sentencias en las que no se hace mención para nada a este tipo de gastos.

Pues bien, una vez que se ha presentado la necesidad de realizar un gasto conceptuado como «extraordinario» surge normalmente el problema de la reclamación al progenitor con el que no conviven los hijos. En muchos casos, la reclamación es atendida por el otro progenitor y sin mayor problema se soluciona la cuestión entre ambos. Sin embargo, cuando las tensas relaciones entre los progenitores siguen siendo la tónica general, la cuestión confluye en el juzgado de familia, y sorprendentemente descubrimos que no existen unas normas procesales específicas para canalizar nuestra petición. Por ello, con la finalidad de clarificar la cuestión analizaremos los posibles supuestos que se presentan en la práctica.

1. Notificación de la necesidad de realizar un gasto extraordinario.

Si la necesidad del hijo se considera como urgente, por lo general, el progenitor con el que convive toma unilateralmente la decisión y el otro progenitor se entera posteriormente de lo sucedido. Si la necesidad no tiene carácter de urgencia, lo razonable y lógico para evitar problemas posteriores será notificar dicha circunstancia al otro progenitor. De hecho en muchos convenios y resoluciones judiciales se establece la obligatoriedad de esa previa comunicación. ¿Cómo notificamos al otro progenitor que ha surgido una necesidad extraordinaria en el hijo común? Como se trata únicamente de efectuar una notificación no hace falta acudir al juzgado, bastará como utilizar cualquier medio de comunicación del que quede constancia de la recepción (quizás el burofax sea el más adecuado). Parece razonable que en la notificación se incluya tanto la descripción de la necesidad del hijo como un presupuesto de gastos.

Hecha la notificación ¿qué puede pasar? Pues sencillamente que el otro progenitor no diga nada al respecto, con lo cual en

principio tenemos vía libre para atender el gasto o que el otro progenitor se oponga por entender que se trata de un gasto que está cubierto con el importe de la pensión alimenticia ordinaria; que es un gasto innecesario; que no tiene medios económicos para hacer frente al mismo, que puede atenderse con menor dinero, etc. Ante esta tesitura solo queda acudir al juzgado para resolver la cuestión.

2. **Supuestos en los que ni en el convenio ni en la sentencia se hace referencia a los gastos extraordinarios**.

Como antes hemos comentado, puede ser que ni en el convenio ni en la sentencia se haga mención a los gastos extraordinarios. En este caso, parece obvio que al no contener la sentencia ningún pronunciamiento de condena no podrá presentarse una demanda de ejecución ya que al final se estimaría la causa de oposición prevista en el artículo 559.1.3.º de la LEC.

Como tras la nueva LEC queda desautorizada la práctica que antes existía en los juzgados de familia de atender estas peticiones como un incidente de ejecución, procesalmente dicha reclamación debe canalizarse utilizando el artículo 770 de la LEC, ya que está incluida dentro de la previsión que se contiene en el primer párrafo del citado artículo («Las demandas que se formulen al amparo del Título IV del libro I del CC, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además a las siguientes reglas...»).

3. **Supuestos en los que en el convenio o en la sentencia se establece un pronunciamiento genérico sobre el pago de los gastos extraordinarios**.

El supuesto que analizamos es un claro ejemplo de la ineficacia de las normas procesales de la LEC para resolver las cuestiones que se presentan en las ejecuciones de los procedimientos de familia. En este caso, la sentencia no sólo contiene una condena de futuro, sino que dicha condena aparece referida a un presupuesto que se ha de acreditar y concretar cuando en ese momento ocurra.

El hecho de que la sentencia contenga este pronunciamiento genérico no implica que generado un gasto de éste tipo y abonado por un solo progenitor, este pueda presentar una demanda de ejecución dineraria reclamando al otro la mitad, pues surge el problema de que la cantidad que se reclama no es líquida, circunstancia que por vía del artículo 571 de la LEC impediría admitir a trámite la demanda de ejecución.

Por tanto, antes de iniciarse la ejecución dineraria, será preciso determinar si el gasto realizado ha sido por una necesidad extraordinaria de los hijos y si la cuantía que se reclama está debidamente acreditada y se corresponde con el gasto realizado. ¿Qué procedimiento será el adecuado para canalizar esta petición? Quizás el único procedimiento a utilizar sea el previsto en el artículo 712 de la LEC pues es el que mejor se adapta a las exigencias del caso. Por tanto presentado el escrito de reclamación de gastos extraordinarios al que se acompañarán las facturas originales de los mismos, se dará traslado al otro progenitor, quien podrá mostrar su conformidad u oponerse, en cuyo caso, se seguirá la tramitación conforme al juicio verbal de los artículos 441 y siguientes de la LEC.

A estos efectos es práctico comentar que en un supuesto similar al presente, el progenitor que abonó los gastos extraordinarios presentó una demanda de juicio verbal contra el otro progenitor reclamando el 50% , y en esta ocasión la Sec. 1.ª de la AP de Ciudad Real de 4 de julio de 2003, aun cuando reco-

noció que el cauce adecuado sería el previsto en los artículos 712 y siguientes de la LEC, salvó los obstáculos procesales trayendo a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2000 y dio validez a lo actuado, ya que de haberse seguido los trámites de los artículos 712 y siguientes de la LEC al final se hubiese desembocado en un juicio verbal.

4. **Supuestos en los que en el convenio o en la sentencia se establece un pronunciamiento sobre el pago de los gastos extraordinarios y se especifican qué gastos tienen esta consideración**.

Si el convenio o la sentencia contenía un pronunciamiento respecto al pago de los gastos extraordinarios, puede darse la circunstancia de que también se especificasen los gastos que tenían tal carácter. En este caso, en principio, no parece que exista ningún inconveniente en presentar una demanda de ejecución, siempre y cuando, todo lo que se reclama sea por conceptos que expresamente se hubiesen previsto.

5. **Análisis específico de la causa de oposición de falta de consentimiento previo para realizar el gasto**.

Tanto si en el convenio o en la sentencia consta que antes de realizar el gasto extraordinario será necesario contar con el consentimiento de ambos progenitores como si no existe este tipo de previsión, un obstáculo importante para la reclamación del 50% al otro progenitor puede ser que no se haya contado previamente con su consentimiento. ¿Qué valor tiene esta causa de oposición? Dejando a un lado las necesidades urgentes, la realidad es que existen resoluciones judiciales que han estimado esta causa de oposición al entender que la previa conformidad es requisito básico e imprescindible (SAP Madrid, Sec. 24.ª de 20 de junio de 2002) y en cambio otras (SAP Ciudad Real, Sec. 1.ª, de 4 de julio de 2003) sostienen que no existe ningún precepto legal que imponga la comunicación ni el consentimiento dado que la deuda alimenticia se nutre del contenido legal que el artículo 142 del CC le da, y si el gasto está incluido en ese ámbito, es reclamable.

Casos Prácticos

1 CONVENIO REGULADOR

¿Tendría validez la siguiente cláusula «En caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, don Juan Ramón asume la obligación de indemnizar a doña Marcelina en la cantidad de 6.000 euros, después de transcurrido el primer año de convivencia a dicha cantidad se sumarían 500 euros por mes transcurrido de convivencia»?

Como puede apreciarse estamos ante una cláusula penal para salvaguardar los intereses económicos de un cónyuge y a la vez disuadir al otro de cesar en la convivencia. Pero su validez no puede aceptarse al ser contraria al orden público matrimonial, a las buenas costumbres, a la moral y a la ética social ya que supone penalizar el cese de la convivencia conyugal.

Igualmente, debe considerarse que la referida cláusula es nula por aplicación del artículo 1328 del Código Civil, que considera así cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge. De admitirse la validez de la estipulación se estarán autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho a la separación matrimonial reconocido implícitamente en el artículo 32.2 de nuestra Constitución.

2 GANANCIALES

Habiéndose abonado por uno solo de los progenitores todos los gastos extraordinarios de los hijos, ¿puede incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales una deuda por este concepto?

Previene el artículo 1362 del Código Civil que serán de cargo de la sociedad de gananciales «los gastos que se originen por el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia». Así pues, si para atender a estas necesidades se ha tenido que acudir al patrimonio privativo de uno solo de los cónyuges, en principio, debe admitirse la posibilidad de inclusión de esta partida en la pasivo de la sociedad. No obstante, habrá que tener en cuenta que dichos gastos se habrán tenido que generar antes de que se disuelva la sociedad de gananciales, ya que disuelta ésta como efecto de la sentencia de separación o divorcio, las pensiones alimenticias de los hijos constituyen deudas personales de los progenitores y no de la sociedad posganancial.

En relación con este tema también conviene tener presente lo establecido en el artículo 1368 del Código Civil: «También

responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales».

3 RECONVENCIÓN

En el escrito de contestación a la demanda de divorcio la esposa solicitó el aumento de la pensión alimenticia de los hijos que estaban bajo su custodia. ¿Puede considerarse esta petición como una reconvención?

No. La regla segunda del artículo 770 de la LEC es suficientemente expresiva. Si la parte actora considera que esta petición modifica el debate litigioso, tendrá que dirigir su actividad probatoria a contrarrestar esta petición acreditando que no ha existido cambio de circunstancias para modificar la pensión alimenticia vigente, pero no impone al juzgado la obligación de dar un previo traslado de dicha petición para efectuar alegaciones. No obstante, no podrá impedirse al actor que en la fase probatoria pueda aportar documentos que no fueron presentados con la demanda y que tiendan a acreditar la inexistencia del cambio de circunstancias.

4 CAMBIO DE PROCEDIMIENTO

En un procedimiento de separación contencioso en el que ya ha recaído sentencia acordando la separación, que no es firme en virtud del recurso de apelación interpuesto por una de las partes, ¿es posible solicitar ante la Audiencia Provincial que continúe el procedimiento por los trámites de mutuo acuerdo al amparo de lo dispuesto en el artículo 770.5 LEC, acompañando el correspondiente convenio regulador?

Sin duda. Aunque en el artículo 770.5 de la LEC no aparece con claridad esta posibilidad, es unánimemente aceptado por todas las Audiencias Provinciales que si los cónyuges llegan a un acuerdo en fase de apelación, se dicte sentencia aprobando dicho acuerdo.

5 GANANCIALES

Para solicitar la aprobación judicial de la liquidación de la sociedad legal de gananciales convenida de mutuo acuerdo, ¿cuál sería el procedimiento adecuado?

El cauce adecuado es el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo incluyendo la liquidación en el convenio regulador. En el caso de que ya se haya dictado sentencia habrá que instar el procedimiento de liquidación regulado en el artículos 806 y siguientes de la LEC. Es decir, se presentará la propuesta de inventario y de adjudicación de bienes y en la comparecencia el otro cónyuge mostrará su conformidad con todo ello. No obstante, esta liquidación consensual también puede realizarse acudiendo a un Notario.

6 ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES

Se dicta sentencia de separación en un juzgado en marzo de 1999 en la que se establecen 150 euros de pensión de alimentos. En junio de 2002 se dicta por otro Juzgado sentencia de divorcio en la cual se mantiene sin modificación la pensión de alimentos establecida en el procedimiento de separación. Y en abril de 2004 el segundo Juzgado dicta una sentencia de modificación de medidas en la que se mantiene lo establecido en la sentencia de divorcio en lo que a la pensión de alimentos del menor se refiere. En todos los años transcurridos la pensión de alimentos jamás se ha actualizado y la madre decide finalmente acudir a un abo-

gado para solicitar judicialmente la actualización porque el padre del menor no tiene la más mínima intención de hacerlo voluntariamente. ¿Dónde debe solicitar la actualización de la pensión?

Hay que tener en cuenta que la sentencia que se dictó en el procedimiento de divorcio es constitutiva y por tanto, aunque mantenga la cuantía de la pensión alimenticia que se fijó en un anterior procedimiento, debe considerarse que desde esa fecha el padre está obligado a abonar una determinada pensión. A estos efectos resulta intrascendente que posteriormente se dictase una sentencia de modificación de medidas si la misma fue desestimatoria de un posible aumento o descenso de la pensión, ya que las sentencias desestimatorias no tienen ejecución posible. Por ello, la actualización deberá solicitarse en el procedimiento de divorcio.

Ahora bien, el problema surge cuando la sentencia de divorcio no establece, tal y como debiera, una determinada cantidad de pensión alimenticia, sino que se remite a la fijada en un anterior procedimiento de separación. Esta técnica jurídica se está cuestionando mucho por las Audiencias Provinciales que entienden incorrecta cualquier remisión a procedimientos anteriores para la fijación de las medidas. Entre otras cosas, porque cuando se fija la sentencia de divorcio ya han transcurrido algunos años y la originaria pensión ya se ha debido de actualizar, con lo cual a la fecha de la sentencia de divorcio la pensión no es la que se fijó en la separación, sino la cuantía que allí figuraba más las correspondientes actualizaciones.

Respecto a las actualizaciones que pueden solicitarse en el divorcio, es evidente que, partiendo de la pensión que debería estar vigente en el momento de dictarse sentencia, podrán solicitarse todas las actualizaciones posteriores. Es decir, se actualiza la pensión que se fijó en la separación y la que estuviera vigente en el momento del divorcio es la que se vuelve a actualizar partiendo de la fecha de esta última sentencia.

Un problema añadido es que se quieran solicitar los atrasos por actualización, en cuyo caso habrá que instar dos ejecuciones, una en la separación y otra en el divorcio.

Veamos lo anterior con el supuesto planteado: Se dicta la sentencia de separación en marzo de 1999 y la cuantía son 150 euros. Pues bien, a la fecha de dictarse sentencia de divorcio, la pensión era ya de 165,34 euros. ¿Qué hay que hacer ahora? Pues solicitar en el divorcio la actualización de la pensión de 165,34 euros desde el mes de junio de 2002, con lo cual obtenemos los siguientes resultados: De junio de 2002 a mayo de 2003 debió abonar 165,34 euros; de junio de 2003 a mayo de 2004 (IPC 2,7) debió abonar 169,80 euros; de junio de 2004 a mayo de 2005 (IPC 3,5) debió abonar 175,75 euros.

En la separación se solicita la diferencia entre los 150 euros y la cantidad que debiera haber abonado y en el divorcio se solicita igualmente dicha diferencia.

7 PENSIÓN COMPENSATORIA

En la sentencia de separación se fijó una pensión compensatoria a favor de la esposa. Años después el esposo presentó la demanda de divorcio sin solicitar la adopción de medidas, personándose la esposa en el procedimiento limitándose a efectuar alegaciones únicamente respecto al divorcio, dictándose seguidamente sentencia sin efectuar ningún pronunciamiento respecto a medidas. Ante el impago de la pensión, la esposa insta una ejecución de sentencia oponiéndose a ello el esposo por haberse extinguido, tras el divorcio, la pensión compensatoria. ¿Está aún vigente la compensatoria que se fijó en el procedimiento de separación?

En principio, podría pensarse que existiendo una resolución judicial firme que establece la pensión compensatoria y no habiéndose dejado sin efecto dicha pensión en ninguna sentencia posterior, aquélla continuaría vigente. Sin embargo, la realidad es que dicha pensión quedó extinguida de forma automática habida cuenta que en el juicio de divorcio nada se pidió al respecto por ninguno de los litigantes, en este caso ni por el esposo en su demanda de divorcio ni por la esposa al oponerse a la misma.

8 GANANCIALES

La Audiencia Provincial ha dictado sentencia resolviendo el recurso de apelación interpuesto por uno de los cónyuges contra la sentencia dictada en la fase de inventario de la sociedad de gananciales. ¿Cabe la posibilidad de interponer un recurso de casación contra la misma, teniendo en cuenta que el valor de los bienes que se discuten supera con creces el límite cuantitativo previsto legalmente para la interposición de este tipo de recursos?

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara al respecto cuando indica con contundencia que no cabe la posibilidad de interponer recurso de casación contra las sentencias dictadas tanto en la fase de inventario de la liquidación de la sociedad de gananciales (ATS de 20 de julio de 2004) como en la fase de inventario de la partición hereditaria (ATS de 27 de julio de 2004).

El fundamento de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, está en que este tipo de sentencias carece del carácter de sentencia de segunda instancia al tener una naturaleza incidental puesto que no pone fin, tras su tramitación ordinaria, a un proceso.

9 RECURSO DE CASACIÓN

¿Cabe interponer recurso de casación contra una sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas?

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre esta cuestión inadmitiendo el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas, haciendo especial hincapié en que la resolución final de este tipo de procedimiento debe adoptar la forma de Auto. Son ejemplo de esta jurisprudencia dos Autos del Tribunal Supremo dictados el 20 de julio de 2004.

10 ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES

La sentencia dictada en el procedimiento de separación estableció una pensión compensatoria a favor de la esposa de 300 euros y como índice corrector se fijó el incremento de los ingresos del ex esposo. Si la pensión no se actualiza voluntariamente ¿Qué procedimiento debe seguir la esposa para actualizar la pensión?

Estamos ante una de las muchas omisiones que contiene la LEC respecto a la ejecución de resoluciones en materia de derecho de familia ya que el artículo 776 de la LEC remite la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas recaídas en procesos matrimoniales al régimen general, con algunas especialidades, dispuesto en el Libro III de la Ley para la ejecución y ello no resuelve todos los problemas que habitualmente la experiencia ha demostrado que pueden plantearse.

Éste es uno de los casos no resueltos, ya que habiéndose establecido un criterio de actualización de la pensión compensatoria carece el destinatario de la misma de los

cauces extrajudiciales necesarios para conocer los datos relativos a la aplicación de esa fórmula correctora y se ve obligado a pedir el auxilio judicial.

Con la legislación anterior, los Tribunales resolvían, simplemente, dirigiendo los oportunos oficios al pagador del obligado al pago y para ilustración del beneficiario o destinatario de la medida que, una vez incorporados esos despachos a autos, haría sus cálculos y, acto seguido, interesaría la oportuna ejecución fijando la cuantía actualizada e interesando los atrasos resultantes de la actualización o sólo lo primero.

Como quiera que la vigente Ley remite al proceso de ejecución del Libro III tal proceder ya no parece posible pero surge la duda, entonces, sobre el camino adecuado a seguir pues, decididamente, no puede hablarse de ejecución dineraria tanto y no sólo porque no se interesa el pago de una suma concreta como que lo que se persigue es conocer de esa suma y tampoco parece que la normativa dispuesta en el capítulo IV del Libro III de la Ley para la ejecución de las liquidaciones de daños y perjuicios, frutos, rentas o rendición de cuentas parezca pensada a estos fines aunque, desde luego, el de liquidación de frutos y rentas o rendición de cuentas pudiera ser el más cercano al caso y el que mejor se adaptaría a sus fines aunque tampoco en forma suficiente pues piénsese en la posibilidad de que, concluido el proceso de determinación de la cuantía revalorizada, la renuencia al pago del obligado obligaría al beneficiario a promover nuevo proceso de ejecución, esta vez, dineraria lo que supone para el destinatario o beneficiario de la medida un esfuerzo procesal desproporcionado y, probablemente, en muchos casos contrario a intereses públicos como los de los menores, presentes en el conflicto como a la propia razón y finalidad asistencial de la medida pretendida de ejecución.

Entonces, bien pudiera plantearse la posibilidad de que no nos hallamos ante una «ejecución» en sentido estricto, sino ante un paso previo a la ejecución o «unas diligencias preliminares» que en nada compromete a la futura que pudiera surgir.

11 RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Después de dictarse sentencia de separación en la que se fijó una pensión compensatoria a favor de la esposa, ésta renunció a dicha pensión en un documento privado en el que conjuntamente liquidaban la sociedad de gananciales ¿Tiene eficacia dicho documento para dar por extinguida la pensión compensatoria aun cuando el mismo no haya sido ratificado a presencia judicial?

La pensión compensatoria en un derecho patrimonial de naturaleza privada, sujeto, por tanto, al principio de la autonomía de la voluntad y su renuncia por el interesado o beneficiario no viene sujeta a forma documental específica ni necesita de la aprobación judicial para tener eficacia.

12 VIVIENDA FAMILIAR

¿Puede establecerse en la sentencia de separación un límite temporal al uso de la vivienda familiar en la que aún conviven hijos sin independencia económica junto a uno de los progenitores?

En el artículo 96 del CC el único supuesto en que autoriza una limitación temporal en la sentencia de separación es cuando no existan hijos y además si el cónyuge a quien se otorga tal uso es el «no titular» del inmueble. Y es que cuando existen hijos menores en el matrimonio, la atribución del uso del domicilio conyugal viene establecido a favor «de los hijos y del cónyuge en cuya compañía queden» y este derecho

de los descendientes no puede tener un término final de duración determinable de antemano, ya que está en relación con una necesidad cuyo cese no es previsible inicialmente ni siquiera en base a la mayoría de edad o una edad concreta.

13 RÉGIMEN DE VISITAS

¿Puede la sentencia judicial delegar en el Punto de Encuentro la fijación del régimen visitas?

La decisión de fijar el régimen de visitas corresponde única y exclusivamente a los tribunales de justicia sin perjuicio de que para adoptar tal decisión el Juez se asesore de los informes técnicos necesarios, entre los cuales puede estar el que emitan los profesionales del Punto de Encuentro que, entre otras cosas, disponen de una información de primera mano sobre el desarrollo de las visitas y los contactos entre padre e hijos de los casos que se le han derivado.

14 CONVENIO REGULADOR

¿Tendría validez la cláusula de un convenio regulador en la que los cónyuges pactasen que durante el plazo de quince años no interesarían la modificación de la cuantía de la pensión alimenticia que sólo se incrementaría con el aumento del IPC?

Dicha cláusula no pasaría el control judicial del convenio regulador habida cuenta que puede considerarse perjudicial para los menores ya que en caso de que el progenitor no custodio viniera a mejor fortuna su pensión seguiría invariable al igual que en el caso de que aumentaran las necesidades de los hijos.

15 CONVENIO REGULADOR

¿Tendría eficacia la cláusula del convenio regulador en la que expresamente se pacta la prohibición de que una tercera persona acceda a la vivienda conyugal para residir en ella temporal o definitivamente, y si esto sucediera quedaría sin efecto el uso concedido a la esposa?

La cláusula no puede tener eficacia desde el momento en que perjudica y afecta negativamente a los derechos de la hija menor a quien se le ha atribuido el uso de la vivienda. No obstante, podría admitirse que para su validez dicha cláusula se modificara o se completara a fin de que queden debidamente asegurados o salvaguardados los derechos de la hija menor, ante la eventualidad de que la madre incumpla la prohibición a que se refiere el pacto contenido en la misma. Por ejemplo, de concurrir dicho evento se extinguiría el uso de la vivienda pero se aumentaría la pensión alimenticia de la hija en una determinada cantidad.

16 PENSIÓN ALIMENTICIA

En el convenio regulador de la separación se estableció una limitación temporal a la pensión alimenticia del hijo mayor de edad de dos cursos académicos. No siendo aún económicamente independiente dicho hijo y habiendo transcurrido ya los dos años ¿puede la madre solicitar en el procedimiento de divorcio la fijación de una pensión alimenticia para este hijo mayor de edad que aún continúa conviviendo en el domicilio familiar?

No existe ningún obstáculo ni procesal ni sustantivo para que se realice dicha petición en el procedimiento de divorcio, ya que cuando se dicta esta sentencia deben acordarse las medidas que procedan sin que el juez se encuentre vinculado por lo acor-

dado en un procedimiento anterior, salvo en aquellas medidas, como por ejemplo la pensión compensatoria, que son de libre disposición de las partes, materias entre las que lógicamente no se encuentran los alimentos de los hijos.

17 PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Puede establecerse en el divorcio una limitación temporal a la pensión compensatoria que se fijó en la separación?

Aunque es cierto que no existe unanimidad entre nuestros tribunales respecto a esta cuestión, ya que un sector entiende que fijada la pensión únicamente procederá su reducción o extinción cuando concurran algunas de las causas previstas en los artículos 100 y 101 del CC, la realidad es que la tendencia mayoritaria se está inclinando por establecer dicho límite en aquellos casos en que, analizada la situación existente en el divorcio, concurre causa para limitar dicha pensión, sin que en ningún caso deba entenderse que dicha limitación opera automáticamente en todos los supuestos. Es decir, para fijar una limitación temporal será necesario ponderar las circunstancias del supuesto concreto, y, en particular, las reales posibilidades del cónyuge acreedor de iniciar o reanudar actividad laboral o acopiar recursos.

18 GANANCIALES

En la liquidación de la sociedad de gananciales, uno de los cónyuges se adjudicó un inmueble y el otro unas acciones. Cuando el cónyuge que se adjudicó las acciones procedió a su venta, se encontró con la sorpresa de que su valor se había reducido enormemente. ¿Puede ejercitar este cónyuge una rescisión de la liquidación por lesión en más de una cuarta parte?

Si ése fue el acuerdo liquidatorio y así se consintió libremente por los cónyuges, no procede ahora la rescisión pretendida ya que en dicha adjudicación el cónyuge asumió un riesgo. En este sentido la STS de 28 de mayo de 2001 señala que no puede teñir retroactivamente de ilicitud la causa lucrativa de la operación, no siendo imaginable el ejercicio de esta acción de haber evolucionado favorablemente la cotización de las acciones. En conclusión que la liquidación de la sociedad de gananciales no puede quedar supeditada a la cotización de las acciones si ello no se tuvo en cuenta específicamente al realizarla.

19 GANANCIALES

Celebrada la comparencia de inventario de la sociedad de gananciales e iniciado el trámite de liquidación ¿pueden introducirse en la vista de la liquidación nuevos bienes en el activo o deudas en el pasivo?

La jurisprudencia muestra una tajante negativa a esta posibilidad (SAP Granada de 27 de enero de 2004 y SAP Asturias de 5 de febrero de 2004). El fundamento de esta negativa se basa en que ello causaría indefensión a la parte contraria al privarle de la posibilidad de preparar alegaciones y prueba respecto a unos hechos que hasta ese momento se desconocían y no eran objeto de controversia.

20 PENSIÓN COMPENSATORIA

En el procedimiento de separación la esposa renunció a la pensión compensatoria y años después se insta el divorcio concurriendo la circunstancia de que el esposo ha aumentado considerablemente su fortuna como consecuencia de ser agraciado con un premio de lotería ¿Puede la esposa

solicitar una pensión compensatoria en el divorcio?

La renuncia a la pensión compensatoria impide el reconocimiento posterior del derecho a percibir esta pensión porque implica que los cónyuges admitieron que en el momento de la separación, que es el que debe tenerse en cuenta de acuerdo con el artículo 97 del Código Civil, no existía desequilibrio económico entre ellos. El aumento de patrimonio del esposo, al haber sido agraciado con un premio de lotería, no puede llevar a establecer una pensión compensatoria ya que dicho aumento se produjo una vez que los cónyuges habían cesado en su convivencia.

21 PENSIÓN ALIMENTICIA

¿El aumento de edad de los hijos es causa para solicitar un incremento de la pensión alimenticia?

Este solo hecho para nada conlleva que necesariamente deba incrementarse la pensión alimenticia de los hijos, siendo necesario que se acredite que sus necesidades han aumentado y que los ingresos del progenitor no custodio permiten abonar una pensión más elevada.

22 GANANCIALES

¿Pueden incluirse en el activo de la sociedad de gananciales los regalos de boda?

Aun cuando pudiera pensarse que dichos bienes tendrían la condición de gananciales en virtud de la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 del Código Civil, la realidad es que tales regalos constituyen donaciones por razón de matrimonio de acuerdo con el concepto que de las mismas da el artículo 1336 del Código Civil, donaciones que por realizarse «antes de celebrarse» el matrimonio, nunca pueden calificarse como bienes gananciales (artículos 1344 y 1345 del Código Civil) y así lo establece el artículo 1339 al decir que «los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa».

Con independencia de que dichos regalos no tengan carácter ganancial, la cuestión a resolver será si pertenecen a uno u otro cónyuge o bien en pro indiviso a ambos. Para resolver esta cuestión habrá que acreditar si los regalos fueron hechos exclusivamente a la esposa, al esposo o conjuntamente a ambos futuros contrayentes.

Revista de Derecho de
familia

TRIBUNA ABIERTA

El interés del menor y la custodia compartida

(Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 7 de noviembre de 2003. Publicada en la *Revista de Derecho de Familia*, núm. 24, de julio de 2004. Páginas 221 y 222)

ANTONIO ALBERTO PÉREZ UREÑA

Abogado de Familia. Granada

En la resolución objeto de comentario se desestima la pretensión de fijación de la guarda y custodia compartida, al tener la hija dos años de edad, siendo desaconsejable su establecimiento por los efectos negativos que en la menor podría generar los distintos estilos y modos de entender la vida de sus progenitores, tanto en el ámbito emocional como en el formativo, con la consiguiente inestabilidad para la menor.

En el Derecho de Familia, y muy especialmente en la regulación de las relaciones entre los padres y los hijos menores, dada la siempre complejidad que revisten estas cuestiones, la solución de sus problemas exige partir de presupuestos y principios axiológicos, máxime cuando se está en presencia de un procedimiento de separación o divorcio entre los progenitores. En este sentido ha de acudirse al párrafo 2.º del artículo 92 del Código Civil que establece que: «las medidas judiciales como el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos». Dicho beneficio para los menores ha de entenderse, en relación a la determinación de la guarda y custodia, con que ésta será atribuida al progenitor con cuya convivencia les permita unos mejores desarrollos afectivo y socio-escolar. Este régimen se ve acompañado, en la mayoría de las ocasiones, por un sistema de visitas con el que los hijos mantendrán las relaciones afectivas con el progenitor no custodio.

De lo expuesto, que se afirme que el «interés del menor» constituye el límite y punto de referencia último de ambas instituciones –guarda y custodia, y visitas– y de su propia operatividad y eficacia.

Además, el interés del menor no siempre tiene que coincidir con lo que los padres consideren que es mejor para ellos, correspondiendo en último término al Juez, tenidos en cuenta todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones, determinar cuál es la mejor manera de satisfacer y proteger dicho interés.

Por lo tanto, a la hora de decidir la forma de atribución a los progenitores de aquella guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio

proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos cuando adviene la crisis conyugal, pues es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad, y es que toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en casos de separación de los padres en el criterio fundamental del relevante *«favor filii»* los acuerdos sobre su cuidado y educación y demás cuestiones que les afecten habrán de ser tomadas «siempre en beneficio de los hijos».

Este principio es, igualmente, reconocido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos internacionales en esta materia, como son: la Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres, así como a recibir educación; la Resolución de 29 de mayo de 1987 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que subrayó que «en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos...», y el Consejo de Europa, en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños de 1980, basa su contenido en que la institución de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones concernientes a la guarda de un niño tendrá por efecto asegurar una mejor protección del interés del mismo.

También hay que reseñar que este «interés del menor» no debe ser medido, exclusivamente, bajo parámetros de confort material; así mientras en otros países se le concede preferencia al aspecto psíquico (en Francia, *«son besoin de paix, de estabilité, de tranquilité... c'est son equilibre psyquique quél faut mettre au premier rang»*, o al amplio concepto de bienestar aplicando el *Wellfare principie* anglosajón), la doctrina y jurisprudencia españolas toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor.

Por lo tanto, la determinación de la «guarda y custodia», ajena a los intereses personales de los cónyuges, viene determinada exclusivamente por el «interés del hijo», y que se concretará en la práctica, en cuál de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, sin que esto sea óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartida en orden a tomar decisiones de cierta transcendencia que, afectando a los hijos puedan adoptarse de común acuerdo, sin que el progenitor que no convive con los hijos se vea privado del conocimiento de aquéllas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que la de aquel que les tenga en su compañía. Mas la guarda y custodia no tiene su contenido en la adopción de medidas de tanta transcendencia, sin que ello suponga restarle valor a tan importante función, sino que la misma se desenvuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico, que sin lugar a dudas también contribuiría a la formación integral del hijo.

Desde esta perspectiva debe analizarse la posibilidad de una guarda y custodia compartida, figura de la que se viene hablando con profusión en los últimos días, pero que para los

Abogados de Familia no es novedosa.

En primer lugar, la guarda y custodia compartida es aquella en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos. Existen diversos supuestos de guarda compartida. Una primera sería aquella en la que ambos cónyuges comparten permanentemente el cuidado de los hijos. Esto ocurre cuando los cónyuges sigan viviendo en el mismo domicilio tras la separación, o cuando cada uno de los progenitores fije su domicilio en partes distintas de una misma vivienda. También hay guarda compartida cuando se realiza una distribución temporal de los hijos: los hijos permanecen con cada uno de los progenitores por períodos alternos: días, meses o años y la tercera posibilidad es aquella en la que los hijos permanezcan constantemente en el domicilio familiar y que sean los padres los que periódicamente se trasladen a la vivienda para atenderlos.

Pues bien, al menos hasta la fecha y a la espera de la tan aireada reforma en materia de guarda y custodia, es criterio prácticamente uniforme de los Juzgados de Familia el de no considerarla conveniente, salvo en casos puntuales, destacando el carácter excepcional que tal solución tiene dentro del Derecho de Familia al partir la regulación legal del criterio de la atribución de la custodia sólo al padre o a la madre, no a ambos conjuntamente. Por lo tanto, salvo supuestos puntuales o excepcionales que pudieran presentarse y que pudiesen aconsejarla, no se concede a los padres que se encuentran en pleno proceso de separación o de divorcio la guardia y custodia compartida. Actualmente, la solución de guarda compartida es una medida que dentro del Derecho de Familia español podría calificarse de excepcional; tanto es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad.

Destacamos algunos pronunciamientos jurisprudenciales recientes en este sentido:

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3.ª, de 20 de octubre de 2003 (EDJ, 2003/150324): «... a tenor de lo dispuesto en el artículo 90.a) del Código Civil, en relación con el artículo 94 del mismo Código, no es posible que la guarda y custodia sea compartida por los padres, ni siquiera alternativamente, cuando éstos viven separados, como propone el recurrente, puesto que esa forma de ejercer la guarda y custodia –temporadas el padre, temporadas la madre– en modo alguno puede resultar beneficioso para la estabilidad psíquica del menor, y el citado precepto establece la necesidad de determinar la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos comunes, estableciendo el artículo 94 del mismo Código el derecho de visita y comunicación que tiene el progenitor al que no se le ha concedido la guarda y custodia de los hijos menores. En definitiva, lo que no contempla el Código Civil es esa guarda y custodia compartida...».

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 6 de marzo de 2003 (EDJ, 2003/77079): «... por lo que respecta a la posibilidad de una guarda y custodia compartida constituye criterio prácticamente uniforme en la doctrina de las Audiencias Provinciales el de no considerarla conveniente, salvo en supuestos puntuales, destacando el carácter excepcional que tal solución tiene dentro del Derecho de Familia al partir la regulación legal del criterio de la atribución de la custodia sólo al padre o a la madre, no a ambos conjuntamente...».

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 13 de febrero de 2003 (EDJ, 2003/9823): «... sin que quepa otorgar una custodia compartida dado que es criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudiesen aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guardia y custodia compartida de los hijos, criterio antedicho coincidente con el de la generalidad de las otras Audiencias Provinciales, cabiendo citar a título de ejemplo, la Sentencia de la AP de Madrid de 31 de octubre de 1995, que considera: "Se plantea por la parte recurrente una solución de guarda compartida, medida que dentro del Derecho de Familia español podría calificarse de excepcional; tanto es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el artículo 92 del Código Civil, concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomará el Juez acerca de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, sin que esto sea óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartida en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando a los hijos, puedan adoptarse de común acuerdo, sin que el progenitor que no convive con los hijos se vea privado del conocimiento de aquéllas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que la de aquel que les tenga en su compañía"».

La razón a tal negativa reside en el propio «interés del menor». Las labores propias de la «guarda y custodia» difícilmente podrán compartirse por quienes no viven juntos, lo que supondría de admitirse la tesis contraria, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, o en otro caso un continuo peregrinaje de los hijos de un hogar al otro, siendo, entonces, más correctamente denominarla en este supuesto, custodia periódicamente alternativa.

De ahí que la propuesta del Gobierno de la Nación, de recoger en la letra de la ley esta posibilidad, se nos antoja de difícil aplicación en la práctica. En el Proyecto se prevé que sea el convenio regulador propuesto por las partes el instrumento para esta medida, es decir, prevista para los supuestos de separación y/o divorcio de mutuo acuerdo. Pero, como ya hemos expuesto, el interés del menor no tiene por qué coincidir con lo que los padres estimen procedente respecto al mismo, por eso, la última palabra siempre la tendrá el Juez, a quien corresponderá ponderar la pertinencia o no del establecimiento de dicho régimen compartido de guarda y custodia, y esto atendiendo, exclusivamente, el interés del menor.

Pero de cualquier forma, el anuncio de la aprobación del Proyecto por parte del Gobierno de la Nación –Proyecto que tendrá todavía que tramitarse en las Cortes, y que no entraría en vigor al menos hasta el próximo verano– ha abierto el debate entre los distintos colectivos de padres y madres separadas. La polémica está servida, porque, con independencia del «interés del menor» también hay que tener en cuenta el trasfondo económico que la adopción de esta medida podría acarrear. Aunque ésta es otra cuestión, está íntimamente conectada en la práctica a aquélla, al condicionar la decisión que se adopte sobre el sistema de guarda y custodia el resto de las medidas a adoptar, singularmente, las económico contributivas –pensión alimenticia–, y el uso de la vivienda habitual, generalmente atribuida al cónyuge custodio del menor, y que, salvo casos anómalos, suele recaer en la madre.

La mediación familiar como complemento del proceso judicial de familia

Análisis comparativo de las distintas leyes de mediación familiar

ÁNGEL LUIS CAMPO IZQUIERDO
Magistrado

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN

II. ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS LEYES AUTONÓMICAS

II.1. Preámbulo.

II.2. Definición de mediación.

II.3. Principios de la mediación.

A) Cooperación. B) Autocomposición. C) Voluntariedad. D) Neutralidad. E) Imparcialidad. F) Intervención personalísima G) Buena fe. H) Flexibilidad y antiformalismo. I) Confidencialidad y secreto profesional. J) Interés del menor. K) Ausencia de violencia.

II.4. Ámbito de la mediación.

III. EL MEDIADOR

III.1. ¿Quién puede ser mediador?

III.2. Número de mediadores.

III.3. Mediación pública o privada.

III.4. Derechos y deberes.

III.5. Abstención y recusación.

IV. PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN

IV.1. Inicio, fases, duración y designación del mediador.

IV.2. Derivación a mediación.

IV.3. Gratuidad de la mediación.

V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y SANCIONADOR

V.1. Tipos de infracciones.

V.2. Tipos de sanciones.

V.3. Prescripción.

V.4. Procedimiento sancionador.

VI. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos en una sociedad, cuyos miembros cada vez son más incapaces de resolver sus problemas y conflictos sin acudir a un tercero, sin judicializar nuestras vidas. En concreto, si miramos a nuestro alrededor, seguro que encontramos a un amigo, vecino o conocido que tienen algún asunto en trámite en el juzgado. Las relaciones de vecinos, los problemas laborales, los conflictos familiares, los de pareja, escolares, etc., tarde o temprano acaban siendo judicializados.

Ante esta realidad, los propios implicados y sobre todo los «expertos en derecho», vemos que ésa no es la solución, o al menos, no es la mejor solución posible. Es necesario por tanto buscar soluciones o vías alternativas al proceso judicial.

Una de esas posibilidades es la mediación, como mecanismo que inicialmente no pretende buscar soluciones al conflicto o enfrentamiento, sino más bien abrir puentes o enlaces de comunicación entre los implicados, a partir de los cuales será posible lograr una solución total o parcial al problema.

En concreto y dentro del ámbito familiar, vemos que la mediación aparece en los años 70 en América; dando posteriormente el paso a Europa, y viendo sus inicios en España en los años 90. En concreto el primer paso se encuentra en el «Programa de mediación en Ruptura de Pareja», elaborado por doña Trinidad Bernal, y en virtud del cual se ha ido realizando mediación en distintos puntos de nuestra geografía: Murcia, Albacete, Toledo, Torrejón de Ardoz, etc.

Posteriormente nos encontramos con:

I. La recomendación de 21 de enero de 1998 del Consejo de Europa, la cual de forma esquemática establece:

a) La necesidad de buscar soluciones amistosas y reducir los conflictos en interés de los miembros de la familia.

b) Aplicar la mediación a los conflictos que surjan entre los miembros de una familia, personas unidas por lazos de sangre o los miembros del matrimonio o pareja.

c) Prevé la mediación sujeta a los principios de: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, autocomposición, confidencialidad, interés del menor, ausencia de violencia.

d) La mediación puede hacerse desde el sector público o privado.

e) La mediación puede llevarse a cabo antes, durante o después del proceso judicial.

f) Implica a los estados a promocionar la mediación y facilitar a sus ciudadanos el acceso a la misma.

g) Se contempla así mismo la necesidad en cuestiones o conflictos con tintes internacionales.

II. La Carta Europea para la Formación de mediadores familiares en situaciones de divorcio y separación de 1992. Diferencia ésta claramente entre acciones de *sensibilización*, que tienen por objeto el informar y divulgar la mediación familiar, son procesos o actuaciones de corta duración (hasta cinco días), y acciones de *formación para la práctica de mediación familiar* (mínimo 180 horas).

III. El libro verde sobre «Modalidad alternativa de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil» presentado el 19 de abril de 2002 por la Comisión de las Comunidades europeas a solicitud del Consejo, donde se contempla que las ADR no son un factor detractor del sistema judicial tradicional o del inviolable derecho de acceso a la justicia.

IV. El artículo 55.d) del Reglamento (CE) 2201/2003 relativo a la competencia. El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, dice textualmente «... Las autoridades centrales cooperarán ... para facilitar acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de **la mediación** o por otros medios y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza...»

V. Las leyes autonómicas de Cataluña, Galicia, Valencia y Canarias.

VI. Los proyectos de ley que se están haciendo en Castilla y León, Asturias y Madrid.

VII. La mediación vía institucional que se está realizando en el País Vasco o Navarra, sin una ley especifica de mediación.

VIII. Castilla-La Mancha. Se ha aprobado en junio de 2004 por el Consejo Económico y Social de la Comunidad Autónoma el anteproyecto de ley de mediación familiar. Su precedente normativo más próximo está en el artículo 10 de la Ley 5/2001 sobre Prevención de malos tratos y en su desarrollo reglamentario. El citado articulo 10 dice:

«La Administración regional, cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar, ofrecerá gratuitamente programas de mediación familiar dirigidos a todos los miembros de la familia, de forma individual y en su conjunto».

IX. En Murcia existen protocolos firmados ente la Consejería de Trabajo y Política Social y la Asociación de Mediación de la región de Murcia, para realizar mediación en caso de conflictos intergeneracional y a través de los puntos de encuentro familiar. El último en octubre de 2003.

Resumiendo, la mediación familiar es una institución muy necesaria hoy en día, no como alternativa al proceso judicial, sino como complemento del mismo, y al respecto, señalar dos extremos:

1. La mediación familiar, si se interrelaciona con el proceso judicial conllevará una disminución de costes: económicos, temporales, sociales y afectivos.

2. La mediación familiar es un instrumento mucho más eficaz que el proceso judicial, para alcanzar la verdad material en cada supuesto conflictivo. Véase que en un proceso judicial se dan la siguientes fases: 1. surge el conflicto familiar o de pareja; 2. cada parte de conflicto se hace su composición del conflicto y sobre sus causas; 3. cada parte da su versión a su respectivo letrado; 4. cada letrado asume la versión que se le da, y le da forma a la hora de redactar la demanda o contestación; 5. en el proceso judicial llegan las versiones de los dos letrados, junto con las matizaciones que surjan de las pruebas realizadas; 6. el juez valora esos datos, se hace su composición de lugar y resuelve conforme a derecho. **Es evidente, que este intercambio múltiple de información, supondrá que la imagen que se hace el juez del conflicto dista, muchas veces, bastante, de la realidad material del conflicto; por lo tanto dictará una solución legal, pero muchas veces no la más adecuada para solucionar el conflicto.** Por el contrario en la mediación, el intercambio es directo entre las partes, moderadas por el mediador, es decir, están en un plano de igualdad y proximidad, que unido al carácter voluntario y buena fe que se presume en los que acuden a este proceso, hace que en la mediación sea mas fácil sacar a la luz la verdad material sobre el conflicto y sus causas, lo que claramente facilita y favorece el alcanzar un acuerdo sobre su solución, total o parcial, o al menos para encauzar el proceso judicial de manera más pacífica.

Por último, decir que una de las mayores trabas que se está encontrando a la hora de implantar la mediación familiar, es la falta de colaboración de los colegios de abogados, los cuales ven esta figura claramente como un mecanismo que: 1. generará intrusismo laboral, 2. que no es necesaria, pues ellos ya median con los clientes, 3. que supondrá una merma de trabajo y en consecuencia de ingresos. Frente a lo cual se ha de poner de manifiesto:

1. Lo que ellos hacen con los clientes, no es mediar sino negociar, no se puede ser parte y mediador a la vez, pues existe un claro conflicto de intereses. Véase que la propia LEC, en su artículo 750.2, pone ya ciertos límites a que en procesos consensuados acudan ambas partes con el mismo letrado. Regulación que a mi juicio ha quedado corta, pues según la experiencia de estos años, creo que lo ideal y conveniente es que cada cónyuge o parte del conflicto esté asesorado por su propio letrado, «es muy difícil que un letrado pueda estar justo en el medio, durante la negociación previa al inicio de un proceso judicial matrimonial, pues por razones de amistad, parentesco, vecindad, etc., al final siempre inclinará –**aun de forma inconsciente**– la balanza hacia un lado.

2. Todos los autores e incluso los legisladores autonómicos, ponen de manifiesto que es difícil, por no decir imposible, realizar una buena mediación familiar si las partes en conflicto no están bien asesoradas. Asesoramiento, que es evidente no puede hacer el mediador, quien debe ser neutral e imparcial. Véanse sino los artículos 5 de la ley gallega, 8 de la ley canaria, 9 de la ley valenciana y 19 del reglamento catalán. En todos ellos hablan, más o menos, de que **el mediador debe cuidar de que las partes tomen sus propias decisiones y acuerdos, pero una vez que estén bien informados y asesorados. Es más, la R. 98 dice claramente que «el mediador debe informar a las partes la posibilidad de recurrir al consejo conyugal u otras formas de consejo...»**

II. ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS LEYES AUTONÓMICAS

Si examinamos las cuatro leyes autonómicas actualmente en vigor sobre el tema de la mediación familiar, vemos que las primeras diferencias las encontramos en su estructura y en la exposición de motivos.

Estructura:

La ley catalana se estructura en cinco capítulos, una disposición adicional y dos disposiciones finales. Los capítulos son: Capítulo I.– Disposiciones Generales. Capítulo II.– Características de la mediación familiar. Capítulo III.– Desarrollo de la mediación. Capítulo IV.– Aspectos de registro y de organización. Capítulo V– Régimen sancionador.

La ley gallega se estructura en un título preliminar y dos títulos, dividido el primero de ellos en dos capítulos y por último dos disposiciones finales. Los títulos son: Título Preliminar.– Disposiciones generales. Título I.– Ordenación de la mediación familiar. Capítulo 1.– Características de la institución de mediación familiar. Capítulo 2.– Desarrollo de las actuaciones de mediación. Título II.– Régimen Sancionador.

La Ley valenciana se estructura en seis títulos, dos disposiciones adicionales y dos disposiciones finales. Los títulos son:Título I.– Disposiciones Generales. Título II.– De las entidades de mediación familiar y de las personas mediadoras. Título III.– Procedimiento de la Mediación. Título IV.– De los acuerdos. Título V.- Inspección y régimen sancionador. Título VI.– De La competencia.

La ley canaria se estructura en un título preliminar, seis títulos y dos disposiciones finales. Los títulos son: Título Preliminar. Título I.– De los mediadores familiares y de las entidades de mediación familiar. Título II.– Desarrollo de las actuaciones de mediación familiar. Título III.– Régimen sancionador. Título IV.– Gratuidad de la mediación. Título V.– De la competencia. Título VI.– Del Registro de Mediadores.

II.1. Preámbulo

A la hora de hacer un estudio comparativo de las leyes autonómicas actualmente en vigor en España, el primer punto a tratar es lo referente a las exposiciones de motivo de las mismas o Preámbulo, donde se refleja el espíritu del legislador.

En todas ellas se aprecia que se contempla la mediación como un mecanismo por el cual las partes en conflicto colaboran para autocomponer la solución al conflicto, no obstante se aprecian ciertas divergencias. Así mismo toman como punto de partida la recomendación del Consejo de Europa de 1998 y los inicios en América.

En Cataluña se plantea la mediación como un método de resolución de conflictos.

Se prevé, al tener un código de familia propio, que la autoridad judicial pueda derivar a mediación.

Si bien la mediación se inició como medio para obtener la reconciliación de la pareja, actualmente va más encaminada a regular de forma cordial los efectos de la ruptura.

Se regula en Cataluña la mediación en un sistema híbrido: como una institución privada, a fin de respetar la voluntad de los ciudadanos y las iniciativas privadas que han nacido en forma asociativa; sin perjuicio de regular la mediación gratuita, en función de los ingresos del interesado; controlada a su vez su actuación por el centro de Mediación Familiar, dependiente del departamento de justicia, artículo 2. Contemplando y dando una gran importancia a la actividad de los colegios profesionales.

En Galicia se contempla la mediación como medio de recomposición ágil y flexible de discordias, principalmente las derivadas de separación y divorcio.

Se contempla así mismo la mediación como un mecanismo, a ofrecer por los poderes públicos gallegos, para proteger a la familia, y en especial a los menores **residentes en territorio gallego.** Todo ello, haciendo hincapié en que se trata de una actividad de interés público.

No obstante la actividad de la mediación, se contempla desde la perspectiva de ser una profesión liberal, privada, con ciertos controles.

En Valencia se contempla la mediación en una doble dirección: 1. instrumento para recomponer y preservar de la unidad familiar y 2. como instrumento para minimizar los efectos negativos de la ruptura.

Se habla de la mediación, expresamente, como un recurso complementario o alternativo de la vía judicial.

Amplía el campo de la mediación hacia temas de filiación, en concreto la búsqueda de sus orígenes por los hijos adoptados.

Se contempla así mismo la mediación en su doble vertiente de institución pública (entidades de mediación) y privada a través del mediador.

En Canarias el legislador contempla la importancia de la estabilidad familiar, como base e índice significativo de la paz social. En consecuencia las crisis o conflictos familiares, como tal, afectan y perturban dicha paz, por lo que es necesario establecer los mecanismos necesarios para salvaguardarla. La solución habitual fue siempre la vía judicial, que a lo largo del tiempo ha demostrado en muchos casos ser ineficaz, de ahí que haya que buscar otras soluciones alternativas, entre las cuales se coloca la mediación familiar.

El legislador canario habla de esta figura como «**fórmula para resolver conflictos familiares, recomponiendo la propia familia desde dentro...».** Hace hincapié así mismo este legislador en regular la mediación con carácter privado, sin perjuicio de regular el acceso gratuito a la misma.

Por último, hace depender esta figura del departamento de la Comunidad con competencia en Justicia y no en servicios sociales.

II.2. Definición de mediación

En este tema creo que los legisladores autonómicos no han tenido el acierto de establecer de manera clara y concisa lo que es la mediación, el objeto o finalidad de la misma y su contenido, sino que lo han realizado de una forma conjunta y a mi entender confusa.

Así vemos que en Cataluña, en su artículo 1 que lleva por rúbrica **objeto** habla de la mediación como:

– Medida de apoyo a la familia.

– Método de resolución de conflictos.

– Que sirve para evitar pleitos, poner fin a los ya iniciados o reducir los efectos de dichos pleitos.

En Galicia los artículos 1, 2 y 3 que llevan por rúbrica respectivamente «**objeto de la ley» «concepto de mediación» «finalidad de la mediación»,** la presenta como: Método para

solucionar conflictos; Implica la intervención de un tercero, el mediador; Es voluntaria; Puede realizarse antes del pleito y durante; Sirve para que las partes autocompongan la solución al problema.

En Valencia, en los artículos 1, 2 y 3 que llevan como rúbricas «**de la mediación familiar» «del ámbito de aplicación» y «del objeto de la mediación familiar»,** se presenta la mediación como: Procedimiento para obtener una solución extrajudicial al conflicto; De carácter voluntario; Con la intervención de un tercero, el mediador; Que se aplicará a problemas de matrimonio o pareja; para lograr la averiguación o identificación de los padres biológicos en situaciones de adopción, y en cuestiones derivadas del ejercicio de la patria potestad.

En Canarias, artículos 1, 2 y 3, que tienen como rúbricas «**objeto de la ley», «concepto y finalidad de la mediación familiar» y «conflictos objeto de la mediación familiar»,** se nos presenta como: Procedimiento extrajudicial; Voluntario; Que implica la intervención de un tercero, el mediador; Encaminado a que las partes autocompongan la solución a su crisis; Que sirve para evitar pleitos, poner fin a los ya iniciados o reducir sus efectos; Su objeto son conflictos familiares que surjan entre cónyuges, parejas de hecho, padres e hijos, o entre personas adoptadas y sus familias biológicas.

Vista esta regulación, considero que se debe poner de manifiesto:

1.– La mediación no se puede ni se debe calificar de extrajudicial, en el sentido de considerarla como una media alternativa y ajena al proceso judicial, sino que debe contemplarse como una medida complementaria del proceso judicial, toda vez que en la mayoría de los supuestos, por no decir en la totalidad, los acuerdos adoptados en mediación debe ser aprobados u homologados por el juez. Y téngase en cuenta que el juez en principio no está vinculado por el acuerdo de las partes, máxime en las materias de *ius cogens*, es decir, en temas que afecten a los menores –alimentos, guarda y custodia, visitas, vivienda, etc.–, tal y como señalan los artículos 752 y 777 de la LEC.

2.– A la hora de definir esta figura, vemos cómo el legislador autonómico utiliza distintas expresiones, tales como medida (según diccionario de la RAE, «disposición», «prevención»), procedimiento (según diccionario de la RAE, «actuación por trámites judiciales o administrativos»), método (según diccionario de la RAE, «modo de obrar o proceder». «Procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla»).

Variedad, que también vemos en la doctrina, así Moore o Trinidad Bernal la define como «intervención», Barona Vilar como «forma pacífica de resolución de conflictos».

Aunando todos estos datos, podríamos decir que la mediación:

– **Es un proceso**, en cuanto serie de actos o conductas humanas, interrelacionadas entre sí, que sirven o ayudan a las partes en conflictos a autocomponer una solución al mismo o al menos a minimizar las consecuencias o efectos de la controversia.

– **Tiene por objeto** cualquier conflicto familiar: crisis matrimoniales, crisis de parejas de hecho, problemas entre padres e hijos, averiguación de datos por adoptados en relación a su familia biológica, etc. Es decir, no se debería poner *numerus clausus* a los problemas, crisis o cuestiones familiares que puedan derivarse a mediación.

– **Implica, la intervención de un tercero** –que es aceptado por las partes– que no tiene poder de decisión, pero que ayuda a las partes en la búsqueda de la solución a sus problemas.

– **Y puede llevarse a cabo** antes, durante y después del proceso judicial.

II.3. Principios de la mediación

Suele haber bastante coincidencia entre los legisladores autonómicos y la doctrina al tratar estos temas; salvo en la cuestión sistemática, pues mientras en algunas leyes se regulan expresamente en uno o varios artículos, en otras se fijan de forma indirecta o más bien como deberes del mediador, en vez de principios de la mediación. Así mismo en la ley canaria se habla de principios, en la ley catalana de características, en la gallega de características y principios y en la valenciana no existe ninguna rúbrica al respecto.

Entiendo que lo más adecuado, desde el punto de vista sistemático, sería el establecer un título o capítulo específico para los principios de la mediación, donde se enumerasen de forma clara cada uno de ellos y se fijase su contenido.

Como principios generales de la mediación, podemos señalar:

A) Cooperación

La función primordial de la mediación familiar, no debe ser el buscar sin más una solución global o parcial al problema o crisis de las partes implicadas, sino más bien el de restablecer puentes o vías de diálogo y comunicación, cuya rotura generalmente es la causante del problema o al menos lo que imposibilita realmente tratar de resolverlo. Como me decía un amigo argentino, abogado de reconocido prestigio; en las crisis de pareja o familiares, lo que se debe intentar lograr es hacer ver a los implicados que el problema no es el otro, sino que el problema es algo que tienen ambos, a lo que se deben enfrentar conjuntamente desde afuera, con la intención de conseguir entre ambos (conocedores de todos los entresijos, causas y consecuencias de la crisis) una buena solución al mismo.

Este principio realmente como tal no viene contemplado de forma expresa en las leyes autonómicas, salvo en la gallega cuando en el artículo 10 habla del deber de colaboración de las partes en el procedimiento de mediación, no obstante tras leer el preámbulo de todas ella, sí se aprecia que está en el espíritu de los legisladores.

B) Autocomposición

Una de las características del mediador, frente al juez, árbitro o figuras similares, es que no tiene poder de decisión de imponer la solución, sino que son las partes las que de mutuo acuerdo deben lograr la solución a su problema.

Principio que se ve claramente en la ley gallega, artículos 2, 3 y 7; en la valenciana, artículo 1 y en la canaria, artículo 2. Así mismo se puede ver en el preámbulo de las leyes.

C) Voluntariedad

Es una cuestión no pacífica entre los autores, ni en el derecho comparado. Así en Argentina es obligatoria, en Italia, al hablar de la Conciliación recientemente se ha obligado a este paso, en Alemania es voluntaria, en Noruega es obligatoria con carácter previo al proceso judicial. En California en materias de custodia y visita es obligatorio.

En España, a lo largo de los años en que se viene realizando mediación familiar, rige el principio de voluntariedad. No obstante, yo considero que sería necesario el regular la posibilidad de derivar de forma obligatoria a una sesión previa informativa, tras la cual las partes libre y voluntariamente sí deben decidir si continúan con el proceso judicial o con

la mediación. Tema distinto sería regular el coste de esa primera sesión y el tema de quién abona su coste.

En cuanto a su regulación, vemos: la ley catalana la contempla en el artículo 11, tanto para las partes, como para el mediador, quien podrá dar por terminada la mediación en determinadas circunstancias; la ley gallega, lo recoge en los artículos 7, 8 y 13; la ley valenciana en el mismo sentido lo contempla en los artículos 1, 4 y 8; la ley canaria en el artículo 4.1.

D) Neutralidad

Según el diccionario de la RAE, neutral «es aquel que no es de ni uno ni de otro, que entre dos partes que contienden, permanece sin inclinarse a ninguna de ellas».

Por lo tanto, si el mediador debe ser neutral, ello implica que no debe orientar ni imponer sus valores o principios, sino que debe respetar los principios, valores, cultura y opiniones de las dos partes.

No obstante, como han puesto de manifiesto algunos autores, este principio es muy difícil, por no decir imposible, aplicarlo al 100 por 100, pues nadie es capaz realmente de intervenir en una interacción, sin contribuir de alguna manera a darle forma.

En cuanto a su regulación concreta vemos que: la ley catalana, no tiene una regulación concreta del mismo; la ley gallega lo recoge en el artículo 8; la ley valenciana en el artículo 9.g. En relación a este apartado, estoy de acuerdo con la opinión de Antonio José Sastre, de que el legislador valenciano mezcla en este apartado los principios de neutralidad y autocomposición; la ley canaria en el artículo 4.5.

E) Imparcialidad

Principio que implica que el mediador no debe tener designio, prevención anticipada a favor de una u otra parte; es decir, debe ser el fiel de la balanza y como tal guardar el equilibrio entre las dos posturas en controversia. Y cuando ello no sea posible, debe producirse la abstención del mediador.

Se regula este principio en el artículo 12 de la ley catalana, artículo 8.2 de la ley gallega, 9.g) de la valenciana y artículo 4.5 de la canaria.

F) Intervención personalísima

Se trata de un principio contemplado por todas las leyes, bien de forma directa o indirecta y con un mayor acierto que la LEC.

Así vemos que la LEC al regular los procesos matrimoniales, trata de establecer la presencia de las partes, pero realmente no la impone como requisito indispensable, de tal forma que el juez pudiera en interés de los menores, hacer comparecer –incluso por la fuerza a la parte que no esté en paradero desconocido–, limitándose el legislador a regular las consecuencia de la no presencia, pero sólo en el ámbito patrimonial (artículo 770.3 LEC en relación con el artículo 304 del mismo texto legal).

La ley catalana lo establece en el artículo 15, al igual que la valenciana y la canaria en su artículo 4.3. La ley valenciana no lo regula expresamente pero en sus artículos 8 y 10 habla de inmediatez y colaboración de las partes respectivamente.

G) Buena fe

Pese a ser un principio y actitud que se presume en las partes que voluntariamente acuden a la mediación, debería ser un principio reglado expresamente, junto con las consecuencia del abuso de derecho, a fin de evitar posibles remisiones al Código Civil.

Es un principio que sólo regulan la ley valenciana en el artículo 5, tanto para las partes como para el mediador, así como las consecuencia de su falta, y en la ley canaria como un deber de las partes, artículo 9. En el borrador de la Ley de Castilla y León, en su artículo 4 sí se habla de la buena fe de las partes y del mediador.

H) Flexibilidad y antiformalismo

Dada la naturaleza y objeto de la mediación familiar, este principio constituye una clara ventaja frente al proceso judicial, donde la ley de ritos fija claramente las fases, plazos y forma de cada una de las actuaciones; lo que en muchos casos constituye un claro obstáculo para la solución consensuada del proceso. Problemas que en muchos casos, los propios jueces salvan haciendo ingeniería procesal y realizando comparecencias con los implicados y sus letrados, que realmente no están contempladas en la ley procesal.

Este principio no lo contemplan la ley catalana y valenciana y sí la canaria en su artículo 4.2 «... la mediación familiar se ha de desarrollar sin sujeción a procedimiento reglado alguno..» y la gallega en su artículo 8, que sólo lo menciona.

I) Confidencialidad y secreto profesional

La R (98) del Consejo de Ministros de 21 de enero de 1998 es clara al fijar que: a) las condiciones en que se debe desarrollar la mediación deben garantizar el respeto a la vida privada y b) las discusiones que tienen lugar durante la mediación son confidenciales, y no pueden ser utilizadas fuera de ellas, salvo acuerdo de las partes o en los supuestos permitidos por el derecho nacional.

A la vista de estas cláusulas, es evidente que tanto las partes como el mediador tienen la obligación de no revelar la información obtenida en las sesiones de mediación; es decir, no pueden hacerla valer en el proceso judicial como prueba, salvo las excepciones legalmente previstas.

En Cataluña viene regulado este principio en el artículo 13; En Galicia se regula como principio en el artículo 8.1 y como deber de las partes y del mediador en el artículo 11; En Valencia no se contempla expresamente como principio, y sí como deber del mediador en el artículo 9.e); En Canarias también se regula en su doble vertiente, como principio en el artículo 4.4 y como deber del mediador en el artículo 8.4;

En lo referente a las excepciones, vemos que la ley canaria nada dice al respecto; En Cataluña (artículo 13.3) y Valencia [artículo 9.e)], se regulan de una forma parecida, y así se establecen las siguientes: Cuando se trata de información no personalizada y se usa con finalidades de formación e investigación. Cuando se trate de información que pone de relieve una amenaza para la vida, integridad física o psíquica de una persona.

De hechos delictivos. En Galicia se establecen las excepciones más bien de cara al proceso judicial y así no hay ese deber de confidencialidad: Con la información solicitada por el juez; La información requerida en el ejercicio de sus funciones; Datos personalizados por

razones estadísticas; Datos que supongan amenaza para la vida, integridad física o psíquica de las personas afectadas en mediación, se deben poner en conocimiento de la autoridad judicial o ministerio fiscal. Deja el vacío legal, de qué ocurre si esa amenaza va dirigida a una persona ajena a la mediación.

Creo que esta regulación gallega deja muchas puertas abiertas para evitar el secreto o confidencialidad de las sesiones, lo cual a la larga puede suponer un obstáculo para el desarrollo de esta figura.

K) Interés del menor

No se contempla expresamente en ninguno de los artículos de las leyes autonómicas, aunque el espíritu de las mismas, acorde con el marco jurídico español, pone de relieve que es el interés primordial que debe regir la actuación de las partes y del mediador.

De hecho la R (98) dice expresamente, dentro de los principios que deben regir la mediación, en su punto VIII «El mediador debe tener especialmente en cuenta el bienestar e interés superior del niño, debiendo alentar a los padres a concentrarse sobre las necesidades del menor y debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos y la necesidad que tienen de informarles y consultarles».

L) Ausencia de violencia

Es un tema asumido con carácter general, que la mediación familiar, tal como la configuran las leyes autonómicas y no como una terapia encaminada fundamentalmente a recomponer la pareja, matrimonio o familia, no puede realizarse si las partes en conflicto no están en un plano de igualdad y equilibrio, de tal forma que en los supuestos de violencia o clara superioridad o imposición de una parte sobre otra, se debe buscar a través de las terapias o asesoramientos adecuados el restablecer dicha igualdad, para posteriormente iniciar el proceso de mediación familiar como tal.

II.4. Ámbito de la mediación

El primer punto a tratar en este apartado es la limitación que ponen las leyes autonómicas, artículo 3 de la ley canaria, artículo 6 de la ley catalana, artículo 6 de la ley gallega y artículo 21.2 de la ley valenciana, en orden a fijar que sólo pueden ser objeto de mediación las cuestiones de derecho privado susceptibles de ser planteadas judicialmente y sobre las que las partes tienen poder de decisión. Creo que estas redacciones son incompletas y deben ser interpretadas en el sentido de que: a) pueden ser objeto de mediación todas las cuestiones relacionadas con el conflicto existente entre las partes, incluidas las materias de guarda y custodia, alimentos, visitas, etc., de los menores, b) cosa distinta es el valor que tienen dichos acuerdos, según se refieran a materias de *ius cogens* o de derecho privado. En el primer caso, es evidente que el juez, que tiene que rubricar y ratificar ese acuerdo, no está vinculado por el mismo y en interés de los menores puede no aprobar el mismo; en el segundo caso, en función del principio de autonomía de la voluntad el juez si está vinculado por dichos acuerdos, salvo que concurra causa de nulidad o anulabilidad de los mismos. Así lo establece claramente el artículo 752 de la LEC.

A la vista de estas premisas, se pone de relieve la necesidad de que el mediador tenga plenos conocimientos jurídicos y de que él y las partes estén debidamente asesorados en cuestiones legales.

La recomendación 98 del comité de ministros del CE no pone límites y extiende la mediación a conflictos entre: miembros de una familia, personas unidas por lazo de sangre, cónyuges o miembros de una pareja de hecho.

No obstante pese a esta regulación amplia, las leyes autonómicas hoy en vigor han venido estableciendo cotos cerrados a la hora de fijar las personas que están legitimadas para acudir a mediación familiar, en unas con carácter más amplio y en otras más restrictivas.

En función de carácter restrictivo y de más a menos podemos establecer:

1.– La ley gallega, en su artículo 4, sólo habla de cónyuges y parejas de hecho estables.

2.– La ley catalana, en su artículo 5, menciona a los cónyuges, parejas de hecho estables, cuestiones relacionadas por el ejercicio de la patria potestad, es decir, legitima a padres e hijos, y cuestiones de alimentos entre parientes.

3.– La Ley canaria habla de cónyuges, parejas de hecho, incluye un matiz muy importante al admitirlas con independencia de que sean estables o no, conflictos entre padres e hijos –sobre cuestiones derivadas del ejercicio de la patria potestad–, problemas entre los propios hijos, cuestiones entre la persona adoptada y su familia biológica o su familia adoptiva.

4.– La ley valenciana, en su artículo 3, establece la regulación más amplia en este punto, sin llegar a los extremos de la citada recomendación. Así habla de personas unidas por vínculo familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, cuestiones derivadas del ejercicio de la patria potestad y cuestiones derivadas de las adopciones, en aras de que el adoptado contacte con su familia biológica. No habla esta ley de parejas de hecho, lo cual puede ser considerado como una exclusión, o más bien, como entiende quien suscribe, que esos casos los incluye en el apartado primero. Sí prevé la mediación, no sólo por cuestiones personales o económicas derivadas de la convivencia, sino también en conflictos entre estas personas que surjan en el seno de la empresa familiar.

5.– En el borrador de la ley de Castilla y León, creo que con gran acierto, en su artículo 3 se habla de: a) personas unidas por vínculo matrimonial, b) uniones de hecho, no se habla de que sean estables o no, c) personas con hijos no incluidas en los apartados anteriores y d) conflictos que surjan entre parientes mayores de edad o emancipados.

Como resumen decir que dado el objeto y finalidad de la mediación familiar, entiendo que no se debería poner límites a la hora de establecer quién está legitimado para acceder a esta institución, sino que debería estar abierta a cualquier conflicto personal.

III. EL MEDIADOR

III.1. ¿Quién puede ser mediador?

En este punto existen claras diferencias en las regulaciones autonómicas, en concreto sobre que licenciados pueden ser mediadores y qué requisitos de formación específica se les exige para ejercer la mediación.

– Así en la ley catalana, vemos que su artículo 7 no habla de licenciados, sino de personas que ejerzan la profesión de abogado, psicólogo, trabajador social, educador social y que estén colegiados. Ejercicio que debe haberse realizado durante tres años en los últimos cinco, artículo 11 del Reglamento.

En relación a la formación específica de estas personas para ejercer la mediación, se remite al reglamento, en concreto en su artículo 12 se exige 200 horas de formación, con un mínimo de asistencia de un 80 por 100. Formación que debe abarcar conocimientos jurídico-económicos, psicosociales y técnicas de mediación. El contenido de los cursos debe ser aprobado por el departamento de justicia de la consejería.

– La ley gallega, en su artículo 5, sólo exige: 1.– estar inscrito en el Registro de Mediadores, 2.– ser expertos en actuaciones psicosocio-familiares y 3.– tener la experiencia y formación que se exige reglamentariamente.

Vía reglamento, artículo 3, dice que para ser mediadores deben ostentar:

a) Titulación en derecho, psicología, pedagogía, psicopedagogía, trabajo social y educación social.

b) Haber desarrollado durante al menos dos años ininterrumpidos, previos a la solicitud de inscripción en el registro, actividades profesionales en el campo psicosocio-familiar.

c) Estar inscrito en el colegio profesional correspondiente o tener licencia o autorización pertinente para el ejercicio de su profesión.

No se contempla de forma específica la duración de los cursos de formación específica.

– En la ley valenciana, no se exige el ejercicio de la profesión, sino una formación universitaria en derecho, psicología, trabajo social, educación social o graduado social. Además se exige una formación específica en mediación, posgrado con el nivel de experto, especialista o máster. Como colofón se admite el ejercicio de la mediación por otros licenciados universitarios, si acreditan esa formación universitaria posgrado, especifica en mediación (artículo 7). Se exige así mismo el estar inscrito en el registro de personas mediadoras familiares. Sobre formación específica la comunidad autónoma catalana tiene promulgada la Orden 237/2002, de 3 de julio, referente a «Contenido y procedimiento de homologación de los cursos de formación específica en materia de mediación».

– En la ley canaria, su artículo 5 exige para ser mediador el tener una formación universitaria en derecho, psicología o trabajo social, estar inscrito en sus respectivos colegios profesionales y además en el registro público de mediadores familiares de la comunidad autónoma canaria. Introduce un matiz interesante referente a los mediadores que no sean licenciados en derecho, al exigirles **el tener un asesoramiento legal en el ejercicio de sus funciones.**

El tema de su formación específica queda pendiente de un desarrollo reglamentario.

– En el borrador de Castilla y León se recogen los siguientes requisitos: a) ser licenciado en derecho, psicología, psicopedagogía, pedagogía, trabajo social o educación social, b) formar parte de un equipo de mediadores, c) estar colegiado o tener la licencia pertinentes para el ejercicio de su actividad profesional y d) una formación teórico-práctica de 300 horas, con un mínimo de asistencia del 80 por 100.

Resumiendo, vemos que la ley más restrictiva para el acceso al ejercicio de la mediación es la catalana y la más permisiva la valenciana, que no pone *numerus clausus* a las titulaciones universitarias.

III.2. Número de mediadores

Entre los autores y los legisladores autonómicos plantean la cuestión de si es conveniente que la mediación se haga por un mediador solo, o a través de equipos multidisciplinares.

En concreto Galicia y Cataluña optan por un sistema individual, mientras que Valencia y Canarias establecen un sistema mixto, en concreto hablan de entidades de mediación y del mediador como persona física. El artículo 11 de la ley valenciana, que lleva por rúbrica «del número de personas mediadoras», admite esa doble posibilidad y el artículo 6 de la ley canaria «de las entidades de mediación», admite la posibilidad individual y la que los mediadores se integren en personas jurídicas, utilizando la expresión expresa de **equipos multidisciplinares.**

El proyecto de Castilla-La Mancha y el de Castilla y León, prevén la doble posibilidad, si bien se intenta dar un mayor relieve a los equipos multidisciplinares (artículo 12 del borrador de la ley).

En este punto, quien suscribe, dada la naturaleza de los conflictos sometidos a mediación, y las distintas esferas de conocimiento que se exigen para mediar en los mismos, entiendo que sería necesario el establecer un sistema de equipos multidisciplinares, donde estuviese garantizado al 100 por 100 los debidos conocimientos, jurídicos, psicológicos, psicosociales y de técnicas de mediación.

III.3. Mediación pública o privada

Desde el inicio de la mediación familiar, una de las cuestiones, con más trascendencia y que más problemas origina a la hora de elaborar la normativa que regula esta figura, es determinar si la mediación debe ser un servicio público que como tal debe facilitar la administración, o se trata más bien de un servicio privado, que llevarán a cabo profesionales liberales, junto con la correspondiente ayuda económica de la Administración en supuestos de beneficio de asistencia jurídica gratuita.

La R. 98 da las dos opciones.

En el derecho comparado, vemos que Andorra, Noruega, Polonia, Alemania en algunos casos, la contemplan con carácter publico. En Francia, Inglaterra y Austria, con carácter privado.

En España, entiendo que las leyes autonómicas tienden más hacia una institución de carácter privado, con un control de la Administración a través de ciertos organismos, como es el Centro de Mediación en Cataluña y Valencia. Por el contrario en País Vasco, Navarra, o en las ciudades o pueblos donde se aplica la mediación, en virtud del Programa de Mediación en Ruptura de Pareja, de la doctora Bernal, es pública.

Así vemos que:

1. En Cataluña, se aprecia claramente del preámbulo y artículo 3 de la Ley, que se va más hacia una mediación privada, con control por parte del Centro de Mediación Familiar, organismo dependiente del Departamento de Justicia.

2. En Galicia, sistema privado con control por parte de la Conselleria con competencias en materia de familia, artículo 17 de la ley.

3. En Valencia se va hacia un sistema claramente mixto, a través de entidades (servicio público) y de personas mediadoras (carácter privado).

Al respecto se debe tener en cuenta el artículo 6 de la ley de mediación en relación con los artículos 13 y 15 de la Ley 5/1997, de 25 de junio por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana (BOE 192/1997, de 12 de agosto de 1997 Ref Boletín: 97/18195, DOGV 3028/1997, de 4 de julio de 1997) los cuales dicen:.

«Artículo 13. Los Servicios Sociales Especializados son aquellos que se dirigen a sectores de la población que, por sus condiciones, edad, sexo, discapacidad u otras circunstancias de carácter social, cultural o económico, requieren un tipo de atención más específica en el plano técnico y profesional que la prestada por los Servicios Sociales Generales.

Estos Servicios podrán ser gestionados por la Administración de la Generalidad, por las entidades locales en su ámbito territorial y por instituciones o asociaciones promovidas por la iniciativa privada o por los propios afectados por la necesidad específica en cuestión.

Artículo 15. A los Servicios Sociales Especializados les corresponde la potenciación de actuaciones tendentes a la protección, promoción y estabilización de la estructura familiar, así como de las demás unidades de convivencia alternativa, como pilar social fundamental en la que se produce el nacimiento y desarrollo de la infancia y la juventud, con el objetivo social de favorecer el desarrollo armónico de niños y niñas y jóvenes dentro de la sociedad. Para la consecución de este objetivo, la Generalidad, fomentará el desarrollo, mediante acciones divulgativas, de programas tales como: 1. Programas especializados de intervención familiar. 2. Programas de mediación familiar. 3. Defensa de los derechos de los menores y las menores en caso de ruptura familiar. 4. Programas de apoyo a las familias numerosas. 5. Programas de atención al maltrato infantil».

4. Canarias, su preámbulo deja bien claro que es una mediación privada.

Quien suscribe, en base a su experiencia como juez y usuario de servicios públicos, entiende que los principios que deben regir la mediación son más compatibles con la mediación privada que la pública, sin olvidar el tema de la Asistencia Gratuita. (Veánse en la mediación pública, problemas de privacidad, atascos en la tramitación por falta de medios, burocratización de los trámites, trato impersonal, etc.)

III.4. Derechos y deberes

En materia de derechos, las cuatro leyes coinciden prácticamente en señalar tres derechos fundamentales del mediador:

1.– Derecho a poner fin de al proceso de mediación, cuando no hay colaboración de las partes o es evidente la imposibilidad de mediar o lograr acuerdos, totales o parciales.

2.– Renunciar a iniciar la mediación.

3.– Cobrar los honorarios pertinentes.

En algunas comunidades estos derechos tienen cierta regulación sistemática, así el artículo 7 de la ley canaria, artículo 8 de la ley valenciana, artículo 4 del decreto 159 de Galicia. En Cataluña no existe tal sistemática, y los derechos del mediador quedan diluidos en diversos capítulos.

En materia de deberes, existen las mismas cuestiones de sistemática que en relación a los derechos. En la ley canaria se regulan en el artículo 8, en la valenciana en el artículo 9, en Cataluña fundamentalmente en el artículo 19, si bien hay referencias en los artículos 12, 13 y 15, y en la ley gallega se regulan en los artículos 3, 8, 11 y 16 de la ley y artículos 5 y 6 del decreto 159.

Suelen coincidir las cuatro leyes al establecer como deberes fundamentales del mediador: 1. abrir y facilitar la comunicación entre las partes en conflicto, 2. actuar en interés de los menores y de la familia, 3. respetar los principios que rigen esta institución, 4. la abstención, cuando concurran causas que hagan incompatible la continuación del proceso de mediación, en especial supuestos de violencia, física o psíquica, 5. el finalizar la mediación, cuando se den los supuesto s previstos por el legislador, 5. promover la autocomposición de la solución al conflicto, de forma libre y voluntaria por las propias partes, una vez estén debidamente informadas y asesoradas.

El borrador de anteproyecto de Castilla y León recoge de forma precisa y amplia los derechos y deberes, no sólo de los mediadores, sino también de las partes que acuden a mediación (artículos 6 a 10).

III.5. Abstención y recusación

Consecuencia de los principios de neutralidad e imparcialidad es que la persona que vaya a actuar como mediador no pueda o deba actuar como asesor legal, perito o testigo en un proceso judicial posterior entre las partes, salvo excepciones y viceversa, la persona que haya asesorado legalmente a favor de una parte no pueda actuar *a posteriori* como mediador, en relación a la misma cuestión objeto de debate.

Al respecto:

– En Cataluña la ley no hace referencia específica a este tema, sí lo hace el Reglamento, en el Capítulo VI dedicado a las normas deontológicas, en concreto el artículo 22.4 y 5 fija la obligación del mediador de dejar la mediación, cuando por razones de parentesco, relaciones afectivas o familiares, amistad o enemistad con alguna de las partes o familiares, no pueda ser absolutamente imparcial. Es incompatible el ejercicio de la mediación si la intervención del mediador es incompatible con sus intereses. Este artículo, extiende estas causas a los profesionales que comparten despacho con el mediador.

El mediador tampoco puede hacer ninguna actividad profesional con las partes, salvo las estrictas que se deriven de la mediación.

Es relevante en esta regulación que las causas de abstención no son automáticas, es decir, no se produce la obligación de abstención por concurrir la causa objetiva que prevé el artículo, sino que es necesario que la misma impida al futuro mediador ser totalmente imparcial. Regulación totalmente diferente a la general de nuestro ordenamiento, en que si concurre la citada causa objetiva (parentesco, amistad, etc.) la abstención o en su caso la recusación es automática.

– La ley gallega en los artículos 8.2, 12.4 y 22.c) hace una referencia al deber de abstención del mediador en determinados supuestos; siendo en el artículo 6 del decreto 159 donde se regulan de forma precisa las causas de abstención y recusación. En concreto se fijan como causas: 1. tener un interés personal que pueda influir en el desarrollo de la mediación, 2.

tener cuestión litigiosa, 3. parentesco con las partes, sus asesores o mandatarios, incluso el compartir despacho con éstos, es causa de abstención o recusación, 4. amistad o enemistad íntima con alguna de estas personas antes citadas, 5. el haber intervenido como perito o testigo en proceso judicial anterior, 6. tener relación de servicio con las partes o haberles prestados servicios profesionales de cualquier tipo, excepto de mediación, en los dos anteriores al inicio de la mediación. Es de alabar la meticulosidad con que se regulan estas causas, máxime en un decreto donde se regulan todos los aspectos relacionados con la figura del mediador; si bien considero extremo y abusivo el considerar como causas de abstención o recusación, el tener amistad con los asesores de una de las partes; máxime en poblaciones pequeñas en que los profesionales, de las diversas materias que inciden en estas cuestiones, se conocen desde hace mucho tiempo, existiendo entre ellos esa amistad, que en modo alguno debe implicar una falta de imparcialidad. Llevado el asunto a esos extremos, se podría plantear la recusación de un juez o magistrado por ser amigo del letrado de una de las partes (artículo 219 de la LOPJ).

Es la única ley que regula de forma expresa el procedimiento de recusación (artículo 6 del D 159). También se regula en el borrador de la ley de Castilla y León (artículo 11).

– La ley valenciana habla de incompatibilidades en el artículo 10, donde plantea dos supuestos: 1. No puede ser mediador el que haya ejercido profesionalmente contra alguna de las partes, aunque surge la duda de por qué se habla sólo de contra y no se incluye también el término a favor. Entiendo que una actuación a favor o en contra de una de las partes dificulta o al menos pone dudas sobre su posible imparcialidad. 2. Sí regula acertadamente el caso inverso, es decir, quien haya actuado de mediador, no puede actuar *a posteriori* en el litigio que se dé entre las partes.

– La ley canaria regula este punto dentro del artículo referido a los deberes del mediador, en concreto en el artículo 8 *in fine*. Este legislador, a diferencia del valenciano, sí impide ser mediador al que haya actuado profesionalmente **a favor o en contra** de alguna de las partes. Regula de forma idéntica la imposibilidad de actuar en un proceso posterior a la mediación entre las mismas partes, incluso **ni como testigo**.

IV. PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN

IV.1. Inicio, fases, duración y designación del mediador

El procedimiento de la mediación viene regulado en la ley catalana en los artículos 16 a 22, en la ley gallega en los artículos 12 a 18, en la valenciana en los artículos 13 a 19 y en la canaria del artículo 10 al 14. El esquema básico de la mediación es idéntico en las cuatro leyes, así vemos que:

a) La solicitud de mediación debe hacerse por escrito. Al respecto sólo la ley canaria en su artículo 10 habla de este formalismo. No obstante, el artículo 14 del Decreto 139/2002 de la Comunidad Catalana, el artículo 7 del Decreto 159/2003 de la Comunidad Gallega o el artículo 13 de la ley valenciana, dejan entrever la necesidad de hacer dicha petición por escrito, y en su caso a través de un formulario normalizado.

b) La designación del mediador se hará por acuerdo de las partes, por la entidad a la que se pida la mediación, por el organismo administrativo competente en la materia, como ocurre con el centro de Mediación Familiar en Cataluña o por los colegios profesionales. En este último punto, es relevante la especial atención que el legislador

catalán confiere al colegio de abogados, dándole una supremacía sobre los demás, en el sentido de que o bien puede designar al mediador, o en su caso se le debe notificar la designación realizada por el Centro de mediación o por los otros colegios (artículos 14 y 15 del Decreto 1390/2002).

c) Una vez nombrado y aceptado el cargo por el mediador, se hace una reunión inicial de carácter informativo. En la cual el mediador debe poner de manifiesto a las partes a grandes rasgos los derechos y deberes, la planificación de las sesiones, los honorarios, en qué consiste la mediación. Todo ello a fin de que las partes decidan si quieren o no continuar el proceso. Reunión de la que se levantará la oportuna acta que firmarán las partes y el mediador.

d) Posteriormente se realzarán las sesiones que sean precisas, bien con la intervención conjunta de ambas partes o bien por separado. Sesiones de las que se levantará el oportuno acta que firmará el mediador y la parte o partes que hayan intervenido en las mismas.

e) La duración del proceso es de tres meses.

f) En la reunión final, el mediador recogerá de la forma más exacta, completa y fidedigna, el acuerdo al que han llegado las partes, usando si es posible las propias palabras que las partes. De dicha reunión se levantará el acta, que firmarán las partes y el mediador.

g) Hay un deber de comunicar a la autoridad derivante el resultado de la mediación.

Las divergencias fundamentales entre las leyes autonómicas se refieren a:

1.– El inicio o solicitud del proceso de mediación: a) en las leyes catalana, gallega y canaria se exige que la solicitud sea conjunta o de una parte con el consentimiento de otra. b) en la valenciana se habla de petición de cualquiera de las partes o de ambas, es decir, no tiene que haber un consenso inicial.

2.– La prórroga del tiempo de duración de la mediación. En este punto las leyes gallega, catalana y canaria permiten una prórroga, debidamente justificada, por otros tres meses como máximo. Mientras que la valenciana sólo admite la prórroga por otros dos. En cuanto a quién concede la prórroga, dada la redacción del artículo 20 de la ley y 18 del decreto, es el Centro de Mediación familiar quien la concede, a petición fundamentada de las partes o del mediador. En los demás casos, dada la redacción de sus articulados, entiendo que es decisión conjunta de las partes y el mediador.

IV.2. Derivación a mediación

Hoy por hoy, y dada la redacción de los artículos de la CE, sólo el Código de Familia Catalán, aprobado por ley 9/98 en virtud de las competencias que tiene dicha comunidad autónoma, permite en su artículo 79 que el juez derive a las partes en conflicto a mediación. En concreto el párrafo segundo de dicho artículo tiene la siguiente redacción «Artículo 79. Falta de convenio regulador: 1 (...). 2. Si, dadas las circunstancias del caso, la autoridad judicial considera que los aspectos indicados en el artículo 76 aún pueden ser resueltos mediante acuerdo, puede remitir a las partes a una persona o entidad mediadora con la finalidad de que intenten resolver las diferencias y que presenten una propuesta de convenio regulador, a la que, en su caso, se aplica lo dispuesto en el artículo 78».

Fuera de esta regulación específica, muchos autores consideran que la vía para que, fuera de Cataluña, se pueda derivar desde el juzgado a las partes, inmersas ya en un proceso judicial, a mediación con suspensión de aquél, es el artículo 158 del CC, al entender que dicha norma permite adoptar cualquier medida en interés del menor.

Las referencias que encontramos en las leyes autonómicas en este aspecto son:

– La ley catalana: artículos 8 y 22 de la ley, en relación con el citado artículo del Código de familia.

– La Ley gallega en el artículo 4.3 dice «la autoridad judicial podrá proponer a las partes, conforme a lo previsto en la legislación civil y o procesal la mediación...» Así mismo el artículo 7.3 fija la obligatoriedad de que el juzgado tenga conocimiento del inicio de la mediación, si las partes en ese momento están incursas en un proceso judicial, en igual sentido los artículos 12.1 y 16.2.

– La ley valenciana en el artículo 13.3 dice textualmente «Dentro de las atribuciones que la legislación estatal procesal establezca, el juez podrá remitir a mediación familiar a las partes en conflicto».

– La ley canaria no hacer referencia alguna a esta posibilidad del juez, ni tampoco impone ninguna obligación de comunicación del mediador al juzgador.

Por todo ello, considero que sería conveniente que se procediese a elaborar una ley de mediación a nivel nacional, que fuese compatible con las leyes autonómicas ya en vigor y que se limitase a establecer de forma genérica las líneas maestras de esta medida, entre ellas la posibilidad de derivar a las partes, incursas ya en un proceso judicial, a mediación familiar con suspensión de aquél; o al menos se procediese a realizar una reforma parcial del Libro IV de la LEC en aras fundamentalmente de: 1. Introducir esta posibilidad de que el juez pueda derivar a mediación, 2. incluir el famoso trámite de los incidentes para solucionar diversas cuestiones, que no deberían implicar un proceso judicial o declarativo –cuantificación de atrasos, revisión de visitas etc.– y 3. una nueva, mejor y más completa regulación de la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en procesos de familia.

IV.3. Gratuidad de la mediación

En las cuatro leyes autonómicas se regula la posibilidad de que las personas sin determinados recursos económicos, acudan y se beneficien de la mediación de forma gratuita. La ley catalana lo regula en el artículo 9 de la ley y artículos 14 y 19 de Reglamento, la ley gallega lo regula en el artículo 9 de la ley y artículo 18 del decreto 159, la valenciana en el artículo 6.2 de la ley y la canaria en el artículo 21.

Coinciden todas las leyes en reconocer la gratuidad de la mediación a aquellas personas que gocen del beneficio de asistencia jurídica gratuita.

Coinciden también en reconocer que es un derecho individual, de tal forma que si sólo lo tiene una de las partes, la otra abonará la mitad o parte proporcional de los costes del proceso de mediación.

Al no prever una regulación específica sobre requisitos para la concesión de este beneficio, se estará, en tanto en cuanto no lo regulen vía reglamentaria, a lo dispuesto en la Ley 1/1996 y RD 996/2003.

No obstante en este punto, y atendiendo a las leyes canaria, gallega y catalana, conviene poner de relieve dos puntos, de especial trascendencia:

1.– Poner ciertos límites a las solicitudes de mediación, con beneficio de justicia gratuita, para evitar situaciones de abuso. Así la ley valenciana, en el artículo 14.2, la ley gallega en el artículo 9.3 y la ley catalana en el artículo 8.4 establecen la imposibilidad, salvo casos

excepcionales y debidamente justificados, de iniciar una nueva mediación, en tanto en cuanto no transcurra un año desde que haya finalizado otra anterior sin acuerdo.

2.– La necesidad de equiparar los requisitos para obtener este beneficio y por economía procesal el admitir de forma automática este beneficio en la mediación, cuando ya ha sido reconocido en vía judicial y a la inversa. Sólo contempla la primera posibilidad el Decreto 159 de Galicia.

Por último poner de relieve que en Cataluña, Orden 208/2002, y en Galicia, Orden 1216/2003, se regula ya el coste de la mediación en supuestos de gratuidad. Así vemos que:

1.– En Cataluña, se fija como coste de la sesión inicial, si sólo se celebra ésta, 50 euros. Si hay un proceso completo, el coste es de 300 euros si es mediación total y de 150 euros si es parcial.

2.– En Galicia se fija: a) la sesión inicial de carácter informativo, no podrá tener un coste superior a 40 euros, y b) en caso de beneficio de gratuidad, cada sesión tendrá un coste máximo de 40 euros, con un máximo de 240 euros si es mediación total o 120 euros si es parcial.

La diferencia fundamental entre ambas órdenes, amén del cuantitativo, es que en Galicia se limita el coste de la sesión inicial, con independencia de que las partes tengan o no el beneficio de gratuidad y en Cataluña ese límite es sólo para el caso de que ambas o una de las partes gocen de dicho beneficio.

Es relevante la regulación que en esta materia hace el borrador de la ley de Castilla y León, pues establece como límite para obtener este beneficio el no tener ingresos superiores al doble del salario mínimo; e incluso se prevé la posibilidad de no concederlo, cuando el solicitante no tenga ingresos suficientes, pero sí disponga de patrimonio que le permita costearse el procedimiento de mediación (artículo 13).

V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y SANCIONADOR

V.1. Tipos de infracciones

Coinciden las cuatro leyes autonómicas en clasificarlas en: leves, graves y muy graves. Con la particularidad en la ley valenciana de diferenciar entre infracciones cometidas por el mediador como persona física y las que cometen las entidades de mediación.

Infracciones leves:

Dentro de las leves vemos que las cuatro leyes coinciden al considerar como infracciones leves:

1.– Infracción de determinados deberes que no causen perjuicio a las partes.

2.– El no facilitar los datos solicitados a efectos estadísticos.

3.– El no redactar las actas de cada sesión.

Así mismo Canarias, Galicia y Valencia consideran infracciones leves:

1.– El abandono de la mediación, con causa justificada, pero sin el preaviso necesario para facilitar su continuación con otro mediador.

Véanse los artículos 19 de la ley canaria, 27 y 28 de la ley catalana, 23 de la ley gallega y 26 y 27 de la ley valenciana.

Siendo por ultimo relevantes:

1.– Que Canarias y Galicia consideren sólo como falta leve, el cobrar remuneración a quien goce de beneficio de la gratuidad de la misma, lo cual entiendo que constituye una clara estafa y como tal debería se considerada como falta grave, sino muy grave [artículo 19.d) de la ley canaria y artículo 23.e) de la ley gallega].

2.– Cataluña considera sólo como leves siempre y cuando no perjudique a las partes, el incumplimiento de determinados deberes, entre los que se deben destacar: a) no hacer valer el interés del menor, como interés supremo y b) permitir continuar la mediación en situaciones de violencia. Situaciones que también considero deberían ser consideradas al menos como graves, dado que siempre conllevan esas situaciones algún perjuicio para las partes o al menos para el menor (artículos 28, 27 y 19).

Como infracciones graves:

Al regular estas infracciones vemos que, salvo Cataluña, coinciden las otras tres en considerar falta grave el abandono injustificado de la sesión.

Así mismo hay una casi plena coincidencia entre Canarias y Galicia al considerar como infracción grave:

1.– El actuar el mediador, estando incurso en causa de abstención artículos 18 y 8 de la ley canaria, artículo 22.c) de la ley gallega y artículo 6 del Decreto 159/2003.

2.– Faltar a la consideración debida a las partes [artículos 18.c) de la ley canaria, 22.d) de la ley gallega y 5.f) del Decreto 159/2003]

3.– Haber sido sancionado anteriormente por tres infracciones leves artículos 18 de la ley canaria y artículo 22.e) de la ley gallega. En este punto la ley valenciana, artículo 27.2, y catalana, artículo 28.2, hablan de la reiteración de una infracción leve en el plazo de un año.

Por otro lado, Galicia, artículo 22.b), y Valencia, artículo 27.2, consideran grave, el no dar cuenta o información al juez o al fiscal que la soliciten. Cuestión que en Cataluña, artículos 28, 27 y 22, se considera como leve si no causa perjuicio a las partes y grave si causa perjuicio.

Así mismo Valencia, artículos 27 y 26, y Cataluña, artículo 28.4 consideran graves el incumplimiento de los deberes de imparcialidad y confidencialidad.

Por último Cataluña considera como graves: 1. Incumplimiento de ciertos deberes que causen perjuicio a las partes, y que si no son leves; 2. El no informar de las tarifas de la mediación con carácter previo, y 3. El no denunciar los hechos que conozcan durante las sesiones de la mediación, constitutivos de delito perseguible de oficio (artículos 27 y 28 en relación con los artículos 13.4, 19, 22 y 25).

Como infracciones muy graves:

En este punto hay bastante coincidencia entre Galicia, artículo 21, Valencia, artículos 26 y 27, y Canarias artículo 17, que consideran como graves:

1.– El abandono injustificado de la mediación, si causa perjuicio.

2.– el incumplimiento del deber de confidencialidad y neutralidad. Si bien Valencia habla de imparcialidad y exige que este incumplimiento cause grave perjuicio, pues si no es sólo falta grave. Falta que Cataluña considera como mínimo grave, entendiéndose que si hay grave perjuicio para las partes, debe ser considerada como muy grave dada la redacción del citado artículo 28.

3.– La reiteración de faltas graves, no obstante Galicia y Canarias exigen haber sido sancionado por tres graves, y Valencia exige reiteración en un año. Al igual que Valencia se regula este punto en la ley catalana.

Por otro lado, Galicia y Canarias coinciden al considerar como muy grave, cualquier actuación discriminatoria del mediador y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales.

Valencia y Cataluña agravan ciertas infracciones graves, cuando cause grave perjuicio a las partes o a la administración de justicia.

Como novedad, al hablar de régimen sancionador en estas leyes, se puede hablar de la ley valenciana, que en sus artículos 22, 23 y 24 establece un régimen especial de sanciones para las entidades de mediación, que son infracciones más bien de carácter administrativo, con sus respectivas sanciones.

V.2. Tipos de sanciones

En este tema hay bastante coincidencia en las leyes autonómicas, y así, al igual que existen tres grados de infracciones, hay fundamentalmente tres grados de sanciones:

1.– La amonestación o advertencia para infracciones leves.

2.– Suspensión temporal de hasta un año de la habilitación para ejercitar para las graves.

3.– Suspensión temporal de hasta tres años o baja definitiva paras las infracciones muy graves.

Se contemplan en los artículos 29 de la ley catalana, 24 de la gallega, 28 de la valenciana y 20 de la ley canaria.

No obstante, la regulación valenciana es más completa en este punto, añadiendo en el artículo 30 unos criterios de graduación de cada sanción, en virtud de distintos criterios, tales como: grado de intencionalidad, beneficio económico obtenido, reiteración en la infracción, gravedad del riesgo o peligro causado, número de afectados, o incumplimientos de requerimientos o advertencias previas.

Así mismo en relación a las infracciones cometidas por las entidades, se establece una serie de sanciones que van desde las económicas, hasta el cierre del establecimiento, pérdida de subvenciones, etc.

V.3. Prescripción

Sólo viene regulada de forma expresa en la ley valenciana, en concreto en el artículo 31, donde se establece: 1. que las infracciones leves prescriben al año, 2. las graves a los tres

años y 3. a los cinco años si son muy graves. Plazos que se empiezan a computar desde el momento en que se comenten y no desde que se sancionan.

En cuanto a las sanciones, prescriben a los tres años las impuestas por infracciones muy graves; a los dos años por infracciones graves y al año si se han impuesto por infracciones leves. El cómputo de este plazo se inicia desde el día siguiente a la firmeza de la resolución que la impone, o desde que se quebrante su cumplimiento, si se hubiera comenzado a cumplir.

Vemos que es una regulación similar a la establecida en la ley 30/1992.

En las otras leyes, entiendo que se debe estar a lo dispuesto en el título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en concreto el artículo 132 que establece: «1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año. 2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable. 3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor...»

V.4. Procedimiento sancionador

En este apartado sí que hay gran divergencia entre las leyes autonómicas en vigor:

1.– La ley catalana, en sus artículos 26, 30 y 31, en relación con el artículo 22 del Decreto 139/2002, exige expediente contradictorio, y en el artículo 30 fija como órgano competente para iniciar el expediente, por denuncia o de oficio, al colegio profesional al que pertenece el mediador, de acuerdo con las normas del propio colegio, que deben estar aprobadas por el departamento de justicia.

2.– La ley gallega en sus artículos 19 y 25 sólo hacen referencia a la necesidad de hacer un expediente contradictorio a la vez que hacen una remisión a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3.– La ley valenciana en su artículo 29 prevé tres supuestos: a) En relación a los programas de mediación o entidades de mediación, se estará a lo dispuesto en el capítulo V del título VII de la Ley 5/1997, de 25 de junio, de la Generalitat valenciana, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales. Y en lo no previsto en dichos artículos, se aplicará la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. b) En cuanto a las personas físicas, como mediadores, que tengan obligación de estar colegiadas, se aplicará lo dispuesto en las normas deontologías de cada colegio. c) Si son personas físicas, que no tienen obligación de

estar colegiadas o dependen de una administración pública, se aplicará el procedimiento ordinario por el órgano competente de la administración.

4.– La ley canaria en su artículo 15 menciona sólo la necesidad de hacer un expediente administrativo contradictorio, por la consejería competente en materia de mediación familiar. Al no decir nada más, se aplicará supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

VI. CONCLUSIONES

1.– La implantación del proceso de mediación es necesaria e imparable.

2.– La mediación es un proceso complementario del proceso judicial.

3.– La mediación familiar no quita trabajo a los abogados ni a los jueces, sino que facilita la solución de conflictos familiares.

4.– La mediación familiar implica menos costes económicos, emocionales, temporales y sociales que el proceso judicial.

5.– La mediación familiar protege al máximo los intereses del menor y del resto de los miembros de la familia, al estar éstos en un plano de igualdad y equidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Bernal Samper, Trinidad: *La Mediación. Solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Colex.

Espín Alba, Isabel: «La mediación familiar en Galicia», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Diez Picazo;* Thomson-Civitas.

Gracia Villaluenga, Leticia: «Proceso de Mediación en la intervención social. Formación y profesionalización del mediador familiar. Realidades y expectativas», *Revista Área Social*, núm. 3 Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes sociales de Castilla-La Mancha, marzo 2003.

Sastre Peláez, Antonio José: «Principios generales y definición de la mediación familiar: Su reflejo en la legislación autonómica», *Diario la Ley*, núm. 5478, año XXIII, 8 de febrero de 2002.

Tena Piazuelo, Isaac: «Primeros pasos legislativos de la mediación familiar en España», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Diez Picazo*, Thomson-Civitas.

Revista de Derecho de familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,5
1998	5,5
1999	4,25
2000	4,25
2001	5,50
2002	4,25
2003	4,25
2004	3,75
2005	4

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											

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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Estimación del recurso de amparo interpuesto por la madre de unos menores declarados en desamparo contra el auto que autorizó la entrada en el domicilio para recoger a los menores al haberse autorizado la misma sin haber establecido límites temporales y no haber expuesto las razones por las que considera necesario entrar en el domicilio para ejecutar el acto administrativo. No obstante la estimación del recurso no lleva consigo la devolución de los menores declarados en desamparo a su madre.
Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 139/2004, de 13 de septiembre.

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Ineficacia del reconocimiento de paternidad efectuado en un acta de manifestación notarial al carecer de la cualidad de escritura pública, además de que ya constaba una filiación paterna anterior. No obstante procede conceder relevancia al contenido indubitado de dicha acta a los fines de que sirva de prueba al interesado en un posterior procedimiento de reclamación de paternidad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2004.

Estimación de la acción de impugnación de la filiación al amparo del artículo 140 del CC respecto al hijo nacido antes del matrimonio de los litigantes y que fue reconocido por el actor aunque no era hijo biológico suyo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2004.

Estimación de la acción de impugnación de la paternidad obtenida tras un reconocimiento de complacencia siendo de aplicación el artículo 140 del CC y no el artículo 141 ya que este último se refiere al consentimiento viciado.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de junio de 2004.

La prueba testifical, el contenido de seis cartas y la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica es base suficiente para estimar la demanda de reclamación de paternidad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de junio de 2004.

Las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación de la generación, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2004.

Estimación de la impugnación de la paternidad de un menor nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio al descubrir el esposo su padecimiento de esterilidad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 2004.

La acreditación de una serie de pruebas indiciarias unido a la negativa a la prueba que podía acreditar, sin lugar a dudas, la paternidad del demandado, habida cuenta de que éste se niega sin causa justificada alguna es claro que no puede sufrir el menor la negativa de la filiación por la obstrucción a una prueba y por ello procede estimar la demanda.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 2004.

Legitimación del progenitor extramatrimonial para reclamar e impugnar la filiación matrimonial al hacerse una interpretación más flexible del artículo 133 del CC, sin que sea aplicable el plazo de caducidad del artículo 137 del CC.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 2004.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

PATRIA POTESTAD

Condenado el promotor-constructor y el Ayuntamiento por el fallecimiento de un menor al caer en un pozo séptico desprovisto de protección y sito en el interior de un edificio en obras, paralizadas años atrás, eximiéndose de responsabilidad al arquitecto superior.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2004.

Condena a una constructora y a su entidad aseguradora por el fallecimiento de un menor al caerse una grúa depositada en un solar en el que se iba a edificar.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2004.

No existe conflicto de intereses entre madre e hija menor de edad cuando ambas son demandadas en un procedimiento de apremio y por consiguiente no procede declarar la nulidad del juicio ejecutivo por no haberse nombrado un defensor judicial a la menor.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2004.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No es obstáculo para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión de la liquidación de gananciales, ni va en contra de los actos propios, que los cónyuges otorgasen escritura pública de liquidación de la sociedad, ya que ha quedado acreditada la lesión al detectarse un valor real de los inmuebles muy superior al consignado en el inventario.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2004.

Acreditado que en el momento de la adjudicación las fincas atribuidas al esposo en la liquidación de la sociedad de gananciales tenían un valor muy superior al que se hizo constar en la escritura de liquidación, procede estimar la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte, debiendo partirse como plazo inicial para el cómputo de la caducidad la fecha del otorgamiento de la escritura de liquidación y no la del convenio regulador de la separación.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de junio de 2004.

CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

Nulidad de la escritura de compraventa otorgada por la madre a favor de sus tres hijos sobre la vivienda que constituía el domicilio familiar al haberse otorgado en fraude de acreedores toda vez que aquélla, antes de la compraventa, suscribió en condición de avalista un préstamo.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2004.

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.

UNIONES DE HECHO

Propiedad común de la vivienda adquirida durante la convivencia e inscrita en pro indiviso a nombre de ambos aun cuando el precio de la misma se abonase con los ingresos que obtenía el conviviente, ya que ella se dedicaba al cuidado de la familia.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2004.

Carácter privativo del inmueble adquirido constante la convivencia *more uxorio* y que figura inscrito exclusivamente a nombre de la conviviente al no haberse acreditado que hubo una inequívoca voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2004.

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.

PROCESAL

Inadmisión del recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en procedimiento para la modificación de medidas acordadas tras el cese de una unión no matrimonial.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 4 de mayo de 2004.

Inadmisión del recurso de casación al no haber acreditado la parte recurrente, en la fase de preparación del recurso, la concurrencia del presupuesto que condiciona la presencia del interés casacional, esto es, la contradicción jurisprudencial que exige un criterio interpretativo plasmado en dos sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una misma sección frente a otro criterio interpretativo antagónico puesto de manifiesto en otras dos sentencias de otro órgano distinto.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 1 de junio de 2004.

Inadmisión del recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en incidente de modificación de medidas.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 1 de junio de 2004.

Si un juzgado acordó el internamiento no voluntario de una presunta incapaz, aunque ésta sea ingresada en una residencia ubicada en otro partido judicial, aquél tiene la competencia para tramitar el procedimiento de incapacitación.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 1 de junio de 2004.

Preferencia de cobro de la deuda por impago de pensiones alimenticias y compensatorias respecto al crédito que ostenta frente al deudor un abogado por la cuantía de sus honorarios por la intervención en un procedimiento de suspensión de pagos de dicho deudor.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de junio de 2004.

INCAPACIDAD

Declaración de la incapacidad al considerarse la demencia senil como una enfermedad persistente en el tiempo por su carácter permanente e irreversible.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de junio de 2004.

SUCESIONES

A pesar de que en el testamento se otorgaba a una de las hijas la facultad de elegir entre los lotes que se formasen, habiéndose aceptado por todos los herederos el cuaderno particional en el que nada se indicaba al respecto, aquella facultad quedó extinguida por novación.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de mayo de 2004.

Ineficacia de un testamento ológrafo otorgado por la testadora a favor de un sacerdote por contener instrucciones reservadas respecto al reparto de los bienes.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2004.

Los legados de bienes que anteriormente habían pertenecido a la sociedad de gananciales, realizados por uno de los cónyuges después del fallecimiento del otro se rigen, por analogía, por la norma del artículo 1380 del CC, y por tanto producirán todos los efectos si fuere adjudicado en la herencia del testador, y en caso contrario, sólo se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2004.

Fallecida la hija y habiéndola sucedido como única y universal heredera la madre, los herederos de esta última carecen de legitimación para impugnar la donación que, sobre la nuda propiedad de una vivienda, hizo en su día la hija fallecida a una hermana. En cambio procede incluir en la masa hereditaria la cantidad que una hermana de la hija fallecida extrajo de una cuenta bancaria abierta a nombre de aquélla y en la que ésta figura como autorizada.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2004.

No procede la acción de división de la cosa común respecto a un bien que forma parte de la comunidad hereditaria cuando no consta haberse practicado, tras la aceptación de la herencia por los herederos, la partición de aquélla y la subsiguiente adjudicación de dicho bien que puede darse a todos, a varios o incluso a uno solo de los coherederos.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2004.

Ineficacia del testamento otorgado por el padre al no haberse practicado la liquidación de la sociedad de gananciales y haber dispuesto tanto de los bienes propios como de los pertenecientes a la sociedad posganancial.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de junio de 2004.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

PATRIA POTESTAD

Se le priva al padre de la patria potestad al no haber atendido nunca a su hijo, de 5 años, al que prácticamente no conoce.
AP Toledo, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de junio de 2004.

GUARDA Y CUSTODIA

No ha lugar el cambio de la guarda y custodia puesto que no consta que la madre padezca algún tipo de enfermedad mental que la incapacite para un normal ejercicio de dicha función.
AP Badajoz, Sec. 2ª, Sentencia de 1 de septiembre de 2004.

RÉGIMEN DE VISITAS

No puede obligarse a la menor a trasladarse al Punto de Encuentro de Cáceres, con más de cuatro horas de camino, por lo que sus funciones deben realizarlas los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Navalmoral de la Mata, donde reside la menor, y donde se trasladará el padre para cumplir el régimen de visitas restringido y progresivo acordado en la sentencia.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de junio de 2004.

No se considera adecuado dejar al arbitrio de la madre la suspensión del régimen de visitas del hijo y el padre, si éste estuviera bajo los efectos del alcohol o drogas, sino que ha de acudir a la mayor prontitud al Juzgado para que ése adopte las medidas oportunas.
AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 7 de junio de 2004.

Se deniega la supresión del derecho de visitas al padre al no acreditarse incumplimiento voluntario del pago de alimentos y ejercicio de las visitas, y en todo caso debe adoptarse con especial moderación y cautela, pues supone una sanción para los hijos, admitiéndose sólo una causa grave y reiterada.
AP Guadalajara, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2004.

No procede establecer un régimen de visitas a favor de la madre no custodia, dado que la propia hija no quiere relacionarse con su madre e incluso afirma que ni se saludan por la calle.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 28 de junio de 2004.

La voluntad de un menor de 16 años tiene que valorarse de forma decisiva en el establecimiento del régimen de visitas, y resulta de una dificultad suprema imponerle una determinada conducta que depende de su propia voluntad, máxime cuando se ha constatado la existencia de malas relaciones entre ambos.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004.

VIVIENDA FAMILIAR

Se modifica el uso de la vivienda que fue familiar a favor del esposo, por falta de utilización por la esposa e hijas, no siendo procedente la atribución a éstas para usarla sólo en temporadas o fines de semana.
AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 3 de junio de 2004.

Para determinar cuál es el interés más necesitado de protección a los efectos de la atribución del uso de la vivienda habitual, es preciso un análisis de la situación personal, familiar y económica de cada uno de los cónyuges para determinar si realmente uno de ellos cuenta con menos posibilidades en el orden patrimonial.
AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 10 de junio de 2004.

La segunda vivienda debe considerarse domicilio familiar.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 15 de junio de 2004.

No cabe atribuir el uso de una vivienda que no tiene el carácter de familiar, al haber perdido dicho carácter con el paso del tiempo.
AP Las Palmas, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2004.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El nacimiento de un nuevo hijo no se considera motivo para reducir la pensión alimenticia a favor de otro hijo.
AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 7 de junio de 2004.

No procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia dado que no consta un empeoramiento en la situación económica del obligado, siendo su actual situación de desempleo un episodio puntual.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 14 de junio de 2004.

No procede establecer pensión alimenticia al distribuirse la guarda y custodia de los hijos, permaneciendo durante diez años en esa situación sin solicitar ayuda económica, lo que demuestra una situación consolidada.
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de junio de 2004.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede reducir el importe de la pensión compensatoria otorgada a la esposa por el hecho de que ésta perciba un sueldo como empleada de limpieza, al no estimarse mejora de fortuna, máxime cuando tiene que abonar la hipoteca de vivienda adquirida.
AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 8 de junio de 2004.

Se mantiene la pensión compensatoria a favor de la esposa, pues no se considera alteración de circunstancias la realización de trabajos esporádicos en el Ayuntamiento o en casas por parte de la beneficiaria que sólo coadyuvan a mejorar su situación económica, no acreditándose reducción en los ingresos del esposo.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de junio de 2004.

No procede la pensión compensatoria cuando, además de la remuneración que percibe por su trabajo, no abona cantidad alguna por la vivienda donde habita, y posee una segunda residencia de la que puede obtener rentas.
AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 10 de junio de 2004.

Se extingue la pensión compensatoria a favor de la esposa, por convivencia marital, presumiéndose dicha convivencia del hecho de que el tercero pernocta con frecuencia en el domicilio de aquélla, no exigiéndose una prueba absoluta cuando se pretende demostrar hechos íntimos de la vida de las personas.
AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 14 de junio de 2004.

No procede acordar pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio cuando en el de separación de mutuo acuerdo no se estableció dicha pensión.
AP Sevilla, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de junio de 2004.

Se extingue la pensión compensatoria a favor de la esposa, pues el desequilibrio ya se ha compensando en atención a la duración del matrimonio, edad del ex cónyuge y su aptitud personal y profesional para acceder a una ocupación laboral, siendo indiferente cuál de los litigantes perciben mayores ingresos.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004.

No procede la limitación temporal de la pensión compensatoria dada la duración de 22 años del matrimonio y que durante el mismo la beneficiaria se ha dedicado en exclusiva al cuidado de la familia.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2004.

CUESTIONES PROCESALES

La remisión que se hace en el proceso de modificación de medidas al artículo 771 LEC, lo es a los únicos efectos del trámite procedimental pero no en su terminación que ha de ser Sentencia y no Auto, como se ha dictado, aunque no procede su nulidad porque es análoga su fundamentación y no se ha producido indefensión.
AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Se deniega el despacho de ejecución dineraria por impago de gastos extraordinarios ya que en la sentencia únicamente se contenía una obligación genérica de pago del 50% de los mismos, y no siendo los reclamados de carácter urgente, es necesario previamente liquidar su cuantía.
AP Córdoba, Sec. 1.ª, Auto de 10 de noviembre de 2004.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales el valor de venta de un inmueble, cuando consta que era titularidad de terceras personas.
AP Almería, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de junio de 2004.

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.
AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 21 de junio de 2004.

Se considera ganancial el 50% de los títulos valores adquiridos vigente la sociedad ganancial, a nombre del marido y de su madre, pues al no acreditarse la proporción de su titularidad ha de entenderse de por mitad, y en aplicación de la presunción de ganancialidad al no probarse que los adquiriera por herencia de su padre.
AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 21 de junio de 2004.

Se incluye en el activo de la sociedad ganancial parte de una suma retirada por la esposa de cuentas bancarias a nombre del matrimonio, al no acreditar que la había usado para gastos de pago de deudas o gastos propios de la sociedad.
AP Cáceres, Sec. 3.ª, Sentencia de 29 de junio de 2004.

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

La asunción por el marido del pago íntegro de la hipoteca en la separación, no significa que lo hiciera por mera liberalidad, aunque así lo entendiera la esposa, sino que tiene derecho al reembolso correspondiente como crédito contra la sociedad ganancial, hasta su liquidación, y después tendrá acción directa contra el otro cónyuge.
AP Burgos, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de julio de 2004.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No procede el retorno del hijo en situación de acogimiento a la madre natural puesto que no consta su rehabilitación de la drogadicción y carece de medios para sustentarlo.
AP Zaragoza, Sec. 4.ª, Sentencia de 21 de julio de 2004.