¿POR QUÉ ME TIENEN QUE PAGAR 50 EUROS MENOS DE PENSIÓN COMPENSATORIA?

Cuando se notifica una resolución judicial, lo primero que se hace es leer el fallo —muchos se quedan en esa primera fase— para acto seguir leer los fundamentos jurídicos que han servido de base a tal decisión. Si el pronunciamiento judicial es favorable a nuestros intereses, leeremos por encima estos fundamentos de Derecho. En cambio, si nuestra tesis no ha sido acogida, con bolígrafo en mano, subrayaremos los párrafos que tan "desatinadamente" han sido aplicados por el Juzgado para fundamentar el fallo con la finalidad de programar el recurso de apelación.

Pero sea como fuere, el principal problema tras la notificación de la sentencia es comunicar al cliente el resultado del procedimiento. Como es evidente se hace preciso "traducir" a un lenguaje llano lo que ha dicho el Juzgado para que el cliente entienda lo que pasará a partir de ahora. Pero a veces resulta muy difícil poderle explicar qué ha pasado, por ejemplo, para que, tras el recurso de apelación, la Audiencia Provincial rebaje la cuantía de la pensión compensatoria que se fijó por el Juzgado en la primera instancia. En muchas ocasiones habrá que decir "no entiendo qué ha tenido en cuenta la Audiencia para reducir la pensión", pero claro, esto no le vale al cliente, aunque la realidad es que le tiene que valer, porque por más que uno se esfuerce en interpretar la sentencia, la comente con los compañeros o con otros juristas, no habrá quien pueda comprender determinados pronunciamientos de algunas sentencias.

Volviendo al ejemplo anterior, hay que comenzar indicando que se trata de un caso real, en que el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 14 de Barcelona dictó una sentencia de divorcio en la que, entre otras medidas, establecía una pensión compensatoria en cuantía de 400 euros mensuales. El ex esposo, no contento con dicha cuantía apeló la sentencia, y la Audiencia Provincial entendió que procedía reducir la pensión a 350 euros. El razonamiento jurídico fue el siguiente: "En el caso de autos tenemos que el demandado, que cuenta con 64 años de edad y padece diabetes e hipertensión arterial, está desde junio del año 2000 en situación de incapacidad temporal, percibiendo un subsidio de 254.570 pts.; paga unas 10.000 por la acción que tiene en el Círculo Ecuestre al que acude para tomar baños de vapor; paga un alquiler de 136.839 pts., y ha recibido por herencia 35.000 euros aproximadamente. La actora por su parte, cuenta

con 57 años de edad, padece un cuadro generalizado de artrosis, fue intervenida de hernia discal, tiroides y cervicales, nunca trabajó durante la convivencia fuera del hogar e ingresa tras la ruptura entre 160 y 180.000 pts. por el alquiler de unas habitaciones a estudiantes extranjeros durante nueve meses al año. Ambos son propietarios al 50% de una sociedad de la que se desconoce todo lo referente a su situación económica. En estas condiciones entendemos que la suma de 350 euros es más acorde con las mismas, por lo que el recurso que se examina debe ser parcialmente estimado."

Como es evidente, la cuantía de la pensión compensatoria tiene que adecuarse a los parámetros establecidos en el art. 97 del CC, pero lo que se cuestiona el letrado de la parte actora es por qué los 350 euros señalados por la Audiencia Provincial son acordes con la situación económica y patrimonial, y en cambio no lo son los 400 euros que fijó el Juzgado de Instancia. Es difícil comprender lo sucedido, pero lo cierto es que D.ª Consuelo se ha quedado con 50 euros menos al mes y no sabe por qué. Posiblemente los términos "es acorde con la situación económica", "se considera prudencial" y "es procedente" necesiten ser aclarados en la sentencia.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

— La protección jurídica del menor. Situación de riesgo, atención inmediata y desamparo. *Julieta Moreno Torres* 21

— Constitucionalidad de las pruebas biológicas. *Carmen García Poveda* 61

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 99

1. Necesidad de que en ejecución de sentencia de un auto que revocaba el acogimiento preadoptivo se tengan en cuenta las nuevas circunstancias que concurran para valorar si es posible o no dar cumplimiento a lo acordado por la Audiencia Provincial y que el menor vuelva con su madre biológica. *(S. 71/2004, de 19 de abril)* . 99

Página

TRIBUNAL SUPREMO 125

I. **Filiación** 125

1. Cuando la prueba biológica sea considerada indispensable por la autoridad judicial, no entrañe un grave riesgo o quebranto para la salud del que deba soportarla y su práctica sea proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no puede considerarse contraria al derecho a la integridad física y a la intimidad del afectado. *(S. de 11 de septiembre de 2003)* 125
2. Consolidación de la jurisprudencia que fija como plazo inicial para el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial aquel en el que el esposo tiene conocimiento de que no es el padre, en este caso, tras el resultado de las pruebas que pusieron de manifiesto su impotencia. *(S. de 15 de septiembre de 2003)* 128
3. El demandado en el proceso de filiación sólo podrá negarse lícitamente a someterse a la prueba biológica, si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiese existir un gravísimo quebranto para su salud. *(S. de 1 de octubre de 2003)* 131
4. Apreciación de oficio por el Tribunal Supremo de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado al hijo frente al que se reclama la filiación, siendo necesario además que en su momento se le designe un defensor judicial. *(S. de 5 de noviembre de 2003)* 134
5. Importancia de la prueba testifical de parientes y amigos en los procedimientos de reclamación de paternidad, ya que por su mayor cercanía a los hechos suelen disponer de mejor información que los extraños. *(S. de 10 de noviembre de 2003)* . 137

II. **Patria potestad** 140

1. Privación de la patria potestad al padre que asesinó a la madre, ya que repugnaría legal y moralmente mantenerlo en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha demostrado indigno, pues ha privado al hijo de la figura materna. *(S. de 2 de octubre de 2003)* 140

Página

III. **Regímenes económicos matrimoniales** 143

1. Embargo de los bienes que se adjudicaron a la esposa en la liquidación de la sociedad de gananciales por deuda generada a consecuencia de la garantía prestada por el esposo en una póliza suscrita con una entidad bancaria, ya que la esposa era absoluta conocedora de la actividad comercial del marido, dato que sirve para pensar en el consentimiento exigido en el art. 1367 del Código Civil. *(S. de 29 de julio de 2003)* 143

2. Inexistencia de derecho a indemnización por daño moral que según la solicitante se produjo al conocer las alegaciones del ex esposo en el proceso de nulidad canónica y de las que cabía presumir que contrajo matrimonio con el exclusivo interés de aprovecharse de su convivencia para su explotación meramente laboral o profesional. *(S. de 23 de octubre de 2003)* . . 147

3. No pueden incluirse en el activo de la sociedad de gananciales unas participaciones de una sociedad civil constituida para la construcción de unas viviendas cuando se produjo la quiebra de la misma y por tanto no existían en el momento de la disolución. *(S. de 4 de noviembre de 2003)* 153

4. Competencia de los Tribunales españoles para conocer de la demanda solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales de un matrimonio entre española y alemán que quedó disuelto por sentencia dictada en un tribunal alemán y que obtuvo el correspondiente exequátur. *(S. de 10 de noviembre de 2003)* . 156

IV. **Uniones de hecho** 160

1. Desestimada la demanda interpuesta por el compañero sentimental de la demandada solicitando que se declare que es de su propiedad un solar y lo en él construido y que figuran a nombre de aquélla al no considerarse la existencia de ningún negocio fiduciario y si por el contrario la existencia de un ánimo de liberalidad. *(S. de 18 de septiembre de 2003)* 160

V. **Responsabilidad civil** 164

1. Condena a la Xunta de G., entidad aseguradora y profesora del Colegio por el daño moral y las lesiones (incapacidad temporal y secuelas) que se produjeron en una menor, cuando en horario escolar, fue atropellada por un autobús en las inmediaciones del Colegio Público. *(S. de 31 de octubre de 2003)* 164

Página

VI. **Exequátur** 169

1. Aun cuando la sentencia de divorcio ha sido dictada por el Registro Civil de los Estados Unidos Mejicanos, que no posee carácter estrictamente jurisdiccional, se concede el exequátur porque semejante forma de divorcio se encuentra prevista en la legislación del Estado de origen para los divorcios promovidos de común acuerdo entre los cónyuges, quedando por otro lado acreditada la competencia del Tribunal por la nacionalidad mejicana del esposo y la residencia de los cónyuges en el estado de origen al tiempo del divorcio. *(Auto de 15 de julio de 2003)* . 169

VII. **Sucesiones** 171

1. Rescisión de la donación efectuada por los padres a favor de los hijos al haberse realizado en fraude de acreedores, no siendo obstáculo para ello que la misma se hubiese realizado antes del nacimiento del crédito, pues dicha disposición se hizo en función del crédito que sabía que con toda probabilidad iba a surgir en el proceso penal y generaría una insolvencia que frustraría los derechos del acreedor. *(S. de 26 de julio de 2003)* . 171

2. Validez de la cláusula testamentaria en la que se deshereda a la segunda esposa al haberse acreditado que la misma abandonó a su esposo que padecía una grave enfermedad, siendo incierta la alegación de que los hijos del primer matrimonio le impedían cuidarlo, ya que los mismos residían en otro país distinto al padre. *(S. de 25 de septiembre de 2003)* 175

VIII. **Penal** 177

1. Decomiso de los bienes inmuebles cuya titularidad corresponde a la compañera sentimental del condenado por tráfico de drogas, pese a que ella fue absuelta de tal delito, al no existir buena fe en la adquisición puesto que conocía el origen ilícito del dinero empleado para la compra de los bienes, sin que por otro lado pueda reputarse tercero, ya que se trata de una titularidad más aparente que real, utilizada para una verdadera operación de blanqueo de capitales. *(S. de 15 de julio de 2003)* . 177

Página

2. Condena por un delito de estafa a la directora de una residencia de ancianos que despoja de su patrimonio a dos personas internadas en la misma que tenían severamente limitadas sus facultades mentales. *(S. de 16 de julio de 2003)* 182

3. Absolutoria del delito de abandono de menores del compañero sentimental de la madre de los mismos, que se quedó a cargo de ellos cuando la madre se ausentó a trabajar, al no quedar probado que concurriera el requisito de la imputación objetiva, y en la hipótesis de que tal imputación objetiva hubiese existido, habría faltado el dolo en su comportamiento. *(S. de 12 de septiembre de 2003)* 188

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA 193

I. **Procesal** 193

1. Inadmisión del recurso de casación interpuesto por la esposa al pretender únicamente una nueva valoración de los hechos en relación con la temporalidad de la pensión compensatoria, habiendo reiterado este tribunal que el Codi de Família (art. 86) permite el establecimiento del término o plazo, pero no obliga a su fijación judicial. *(TSJ CATALUÑA, Auto de 18 de septiembre de 2003)* 193

II. **Vivienda familiar** 195

1. A pesar de que la regla general es fijar un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar, existen casos en los que no podrá establecerse dicho límite cuando la necesidad del cónyuge sea razonablemente duradera. *(TSJ CATALUÑA, S. de 22 de septiembre de 2003)* 195

2. Al no poderse asegurar que la necesidad de la esposa vaya a desaparecer dentro de un determinado plazo, no procede fijar limitación a la atribución del uso de la vivienda familiar. *(TSJ CATALUÑA, S. de 6 de noviembre de 2003)* 199

III. **Pensión compensatoria** 201

1. En aplicación del Código de Familia no puede el Tribunal establecer la actualización de la pensión compensatoria cuando la misma no fue solicitada por la esposa en la demanda de separación. *(TSJ CATALUÑA, S. de 1 de diciembre de 2003)* . . . 201

Página

IV. **Seguridad Social** 203

1. Reconocimiento del derecho a percibir la totalidad de la pensión de viudedad a la viuda del primer matrimonio al no reconocerse eficacia alguna al segundo matrimonio poligámico contraído por el causante. Voto particular de la Ilma. Sra. D.ª Rosa M.ª Virolés Piñol. *(TSJ CATALUÑA, S. de 30 de julio de 2003)* 203

AUDIENCIAS PROVINCIALES 213

I. **Separación, divorcio y nulidad** 213

1. Se desestima la acción de nulidad matrimonial solicitada con base en la falta de consentimiento al no acreditarse que la única finalidad fuera permitir que la esposa adquiriera la nacionalidad española, no habiéndose acreditado por otro lado la falta de noviazgo ni de convivencia. *AP ALMERÍA, Sec. 3.ª, S. de 23 de enero de 2004* 213

2 Desestimación de la demanda de divorcio al haberse reanudado, tras la separación, la convivencia de forma efectiva entre los cónyuges, tal y como se desprende del hecho del nacimiento de un nuevo hijo. *AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 25 de febrero de 2004* 215

II. **Guarda y custodia** 217

1. Mantenimiento de la guarda y custodia a favor de la madre aun cuando ésta se haya trasladado a residir a París, ya que dada la edad del menor —7 años— prima más la estabilidad intrafamiliar que la social, siendo fácilmente asumibles por éste los cambios al no haberse consolidado todavía las relaciones sociales. *AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 9 de enero de 2004* . 217

2. No procede acordar la guarda y custodia compartida porque es conveniente que los hijos tengan una referencia con un domicilio que identifiquen como base de su actividad habitual y desarrollo integral como ayuda a la estabilidad emocional que necesitan. No obstante, el tema carece de transcendencia dado el amplio régimen de visitas que se ha fijado que *de facto* implica una custodia compartida. *AP GIRONA, Sec. 2.ª, S. de 27 de enero de 2004* 219

Página

3. Cambio de la guarda y custodia a favor de la madre al haberse acreditado que la misma ha superado el trastorno depresivo desencadenado por estrés familiar. *AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 16 de febrero de 2004* 220

III. **Régimen de visitas** 225

1. Mantenimiento del régimen de visitas ya que la demostración de dos hechos puntuales son claramente insuficientes para concluir que el padre tenga dependencia al alcohol. *AP CASTELLÓN, Sec. 2.ª, S. de 20 de enero de 2004* 225

2. La fijación del régimen de visitas no puede dejarse al criterio de la Asociación de Mediación Familiar. *AP LEÓN, Sec. 3.ª, S. de 21 de enero de 2004* 226

3. No fijación de régimen de visitas en relación con un hijo de 16 años de edad ya que sería completamente inoportuno que se le obligase a ir con su madre contra su voluntad. *AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 6 de febrero de 2004* 228

4. Acreditado que la madre mantiene una actitud controladora y protectora respecto a la menor que genera en ella una dependencia importante que impide cualquier iniciativa de la niña que no suponga la aceptación materna, procede fijar un inicial régimen de visitas en el punto de encuentro, sin perjuicio de su ampliación posterior, y no la suspensión de las visitas tal y como postula la madre. *AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 10 de febrero de 2004* 229

5. Suspensión del régimen de visitas por los episodios de violencia familiar protagonizados por el padre. *AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 26 de febrero de 2004* 232

IV. **Vivienda familiar** 233

1. Al no haberse solicitado por vía de reconvención, no procede que el Tribunal de oficio fije una cantidad en concepto de contribución a las cargas del matrimonio para el pago de la amortización del préstamo hipotecario. *AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 5 de febrero de 2004* 233

2 Aunque en el convenio regulador se estableció un plazo de atribución del uso de la vivienda familiar, dado que aún continúan conviviendo los hijos en el mismo, procede su atribución a los mismos sin limitación temporal alguna. *AP SEVILLA Sec. 2.ª, S. de 9 de febrero de 2004* 234

Página

3. No teniendo el carácter de familiar la vivienda respecto de la cual la esposa solicita la atribución de su uso, no puede por vía del art. 96 del CC procederse a tal atribución. *AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, S. de 11 de febrero de 2004* 235

4. Atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, al ser el interés de ésta el más necesitado de protección, dado el padecimiento de una patología depresiva que la han llevado a tres intentos de suicidio. *AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, S. de 18 de febrero de 2004* . 236

V. **Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio** 238

1. Mantenimiento de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad hasta que termine la carrera de ingeniería aun cuando en el convenio regulador se pactó que sólo se abonaría durante los dos años siguientes. *AP JAÉN, Sec. 1.ª, S. de 22 de enero de 2004* 238

2. El hecho de que el padre tenga unos ingresos mayores no justifica por sí solo el incremento de la pensión alimenticia de la hija, ya que es necesario a su vez que las necesidades de la menor sean superiores a aquéllas tenidas en cuenta en su día cuando se estableció. *AP CASTELLÓN, Sec. 2.ª, S. de 26 de enero de 2004* 239

3. El aumento de edad de los hijos no necesariamente debe suponer un incremento de la pensión alimenticia. *AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 30 de enero de 2004* 241

4. Reducción de la cuantía de la pensión alimenticia al haber dejado de percibir el padre, por decisión de la empresa, la retribución por horas extraordinarias. *AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 26 de febrero de 2004* 242

VI. **Pensión compensatoria** 243

1. Fijación en el procedimiento de divorcio de limitación temporal a la pensión compensatoria que se estableció en el procedimiento de separación. *AP GRANADA, Sec. 4.ª, S. de 26 de enero de 2004* 243

Página

2. No extinción de la pensión compensatoria, y sí su suspensión, hasta tanto pueda comprobarse la evolución de la enfermedad que padece la esposa por la que está percibiendo una pensión por invalidez pendiente de revisión en atención a la mejora o agravamiento de la enfermedad. *AP CÁCERES, Sec. 1.ª, S. de 3 de febrero de 2004* 245

3. Extinción de la pensión compensatoria fijada en la separación ya que fue mínima la convivencia entre los cónyuges, y la esposa, desde aquel momento no ha intentado buscar ningún trabajo que le permitiese obtener ingresos para cubrir sus necesidades. *AP LUGO, Sec. 2.ª, S. de 4 de febrero de 2004* . 245

4. La circunstancia de que la esposa percibe una pensión no contributiva de 164 euros no es motivo para extinguir la pensión compensatoria. *AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 4 de febrero de 2004* 246

5. Procede fijar pensión compensatoria a favor de la esposa debiendo rechazarse la petición del esposo que le ofrece trabajo como auxiliar de cocina en las empresas en que son administradores tanto él como su compañera sentimental. *AP CUENCA, S. de 5 de febrero de 2004* 247

6. No procede la extinción de la pensión compensatoria ni su limitación temporal al no haberse acreditado que haya desaparecido el desequilibrio ni que la esposa haya incurrido en desidia en la búsqueda de independencia económica. *AP SALAMANCA, S. de 19 de febrero de 2004* 249

VII. **Cuestiones procesales** 252

1. Improcedencia de incluir dentro de los pronunciamientos de la sentencia una condena a uno de los cónyuges por el impago de la dote pactada en un matrimonio contraído por el rito islámico. *AP CASTELLÓN, Sec. 3.ª, S. de 21 de enero de 2004* 252

2. La sustanciación de un procedimiento de nulidad ante la jurisdicción canónica no impide que pueda pedirse simultáneamente la disolución del matrimonio por divorcio, no existiendo por tanto litispendencia. *AP LEÓN, Sec. 2.ª, S. de 13 de febrero de 2004* 255

Página

3. Si la prueba acordada en el plazo de 30 días es la aportación de uno o varios documentos, no está previsto en la ley que tras la unión del mismo se conceda a las partes la posibilidad de hacer alegaciones sobre dicha prueba. *AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 16 de febrero de 2004* 257

4. A pesar de que con el divorcio se extinguió la pensión compensatoria de la esposa por convivencia marital, no procede condenar en costas a la esposa ya que se mostró conforme con el divorcio. *AP CÁDIZ, Sec. 6.ª, S. de 26 de febrero de 2004* . 259

VIII. **Regímenes económicos** 259

1. Improcedencia de introducir nuevos bienes en el activo de la sociedad en el acto de la vista cuando no se alegó nada respecto a dichos bienes en la diligencia de inventario. *AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 27 de enero de 2004* 259

2. No puede admitirse la pretensión de incorporar al inventario en el mismo acto de la vista otros bienes distintos a los que no se hizo mención en la diligencia de inventario, ya 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. *AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 5 de febrero de 2004* 260

3. Si la vivienda se adquirió por el esposo antes de contraer matrimonio, habiéndose abonado parte del precio después de contraerlo, los pagos efectuados por el esposo tras la separación aumentan su parte privativa, quedando la parte ganancial reducida a las aportaciones realizadas constante la sociedad. *AP ALMERÍA, Sec. 3.ª, S. de 6 de febrero de 2004* 263

4. Inclusión en el pasivo de una deuda a favor de la madre de la esposa por la cantidad que se obtuvo por la venta de una vivienda en la que aquélla era propietaria de un 30%. *AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 10 de febrero de 2004* 264

5. Inclusión dentro del activo del kiosco que fue adquirido por concesión administrativa constante el matrimonio. *AP SEVILLA Sec. 2.ª, S. de 10 de febrero de 2004* 265

Página

6. No inclusión dentro del pasivo de una deuda en concepto de préstamo por parte del padre de la esposa al no haberse acreditado tal extremo, sin perjuicio de los derechos que pueda tener aquél por vía del art. 1401 del CC. *AP CANTABRIA, Sec. 4.ª, S. de 24 de febrero de 2004* 266

7. Inclusión en el activo de las cantidades abonadas constante la sociedad de gananciales por deudas contraídas por el esposo antes de contraerse el matrimonio, debiendo actualizarse no conforme al IPC sino de acuerdo con las tablas financieras que valoran a pesetas (o euros) de hoy, las pesetas del pasado, tarea que habrá de encomendarse a un perito experto en finanzas. *AP CANTABRIA, Sec. 4.ª, S. de 24 de febrero de 2004* . . 267

IX. **Procedimientos de menores** 268

1. Con independencia de la irregularidad cometida por la entidad pública que permite a la madre dar el asentimiento para la adopción sin esperar al transcurso de treinta días, procede declarar a la madre incursa en causa de privación de la patria potestad, ya que desde el día del alumbramiento hasta que pudo ser localizada a través de la Policía, no existió conducta alguna tendente a preocuparse por el estado de su hija. *AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, S. de 17 de enero de 2004* 268

2. Acreditada la presencia de lesiones en los menores y el alto grado de absentismo escolar procede confirmar la declaración de desamparo. *AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, S. de 11 de febrero de 2004* 270

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación 273

1.1. 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. *R. de 2 de febrero de 2004* 273

Página

2. Incapacidad 277

2.1. No puede inscribirse una escritura de compraventa otorgada por una tutora —hermana de la incapacitada— elevando a público el documento privado suscrito antes de la incapacitación en el que ésta vendía a la ahora tutora una finca de su propiedad al tratarse de un contrato incurso en la prohibición del artículo 1459.2.º del CC. *R. de 9 de enero de 2004* . 277

3. Matrimonio 280

3.1. No es de aplicación el Reglamento del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, por tratarse de una sentencia de divorcio dictada por un Tribunal portugués en 1990, y además no se acompaña copia de la decisión judicial ni el certificado según el formulario aprobado por ese Reglamento. *R. de 2 de enero de 2004* 280

3.2. Se deniega la autorización para contraer matrimonio porque ha quedado probada la falta de capacidad natural del contrayente que ingresó por consejo del neurólogo en la Residencia con diagnóstico de demencia con deterioro cognitivo subagudo con varios años de evolución con alteraciones del carácter e incontinencia de esfínteres; que sufre múltiples lesiones de aspecto isquémico y que es dependiente de terceras personas para todas las actividades de la vida diaria y diagnostica una demencia mixta con componentes parkinsonianos en estado moderado. *R. de 29 de enero de 2004* 283

3.3. Si la española es menor de edad, el matrimonio es nulo y no inscribible, salvo la obtención de la dispensa ulterior de edad. *R. de 30 de enero de 2004* 286

4. Regímenes económicos matrimoniales 288

4.1. Habiéndose inscrito la finca con carácter ganancial, no puede ahora modificarse en dicha inscripción el carácter adquisitivo por más que el esposo reconozca la privaticidad del dinero invertido en su compra al encontrarse vinculado por los actos propios derivados de su intervención en la inscripción originaria. *R. de 23 de marzo de 2004* 288

Página

TRIBUNA ABIERTA

— Nulidad de matrimonio canónico. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo n.º 644/2002, de 27 de junio, de la Sala de lo Civil. *Mercedes de los Ríos González* 295

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio 303

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

— Publicaciones y Noticias 311

AVANCES JURISPRUDENCIALES

— Avances jurisprudenciales 317

Estudios Doctrinales

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR. SITUACIÓN DE RIESGO, ATENCIÓN INMEDIATA Y DESAMPARO

JULIETA MORENO TORRES

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. SITUACIÓN DE RIESGO. REGULACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA

III. ATENCIÓN INMEDIATA: ESPECIAL REFERENCIAL AL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

IV. EL DESAMPARO

1. Caracteres del concepto de desamparo.
2. Las causas del desamparo.
3. El procedimiento administrativo de declaración de desamparo.

V. RÉGIMEN REGISTRAL DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente, la protección de los menores, cuando las personas a las que naturalmente les corresponde han hecho una dejación de sus funciones, se ha realizado por distintas vías: bien por otros miembros de la familia, bien por vía de la beneficencia o por iniciativas públicas... Pero al hacer un estudio de esta evolución, se observa cómo en el último siglo, y, especialmente en las últimas décadas, el progreso ha sido mucho más evidente. Existe en general una conciencia colectiva, tanto a nivel internacional como nacional, autonómico y local, de que los más pequeños necesitan una protección especial, lo cual se ha

reflejado en una amplia legislación y desarrollo reglamentario por parte de Administraciones Públicas y Organismos Internacionales.

Como mayor exponente, la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 22 de noviembre de 1989 marca una nueva filosofía en relación con el menor, dándole mayor reconocimiento al papel que desempeña en la sociedad, al igual que la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo).

Si bien conforme a lo dispuesto en el art. 39 de la Constitución Española "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda", y teniendo por tanto en principio el derecho a criarse y educarse en el ámbito de desarrollo que les proporciona su propia familia, existen situaciones en que al no ser este ambiente familiar el más adecuado para el menor, o bien al abandonar los progenitores sus funciones, lo que en un principio es una relación privada precisa de la intervención pública, de cara a la protección del menor. En este sentido la Constitución dispone que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y asimismo aseguran la protección integral de los hijos". La intervención administrativa en el ámbito privado de la familia ha sido cada vez mayor, evolucionando los derechos de los padres sobre los hijos en una valoración de éstos como sujetos de derechos dignos de protección. Cuando esta protección no la ejercen quienes de forma natural deben hacerlo, se entiende que procede la intervención pública. De este modo lo que hasta hace poco se consideraba Derecho privado de familia, cada vez se considera más en su versión pública intervencionista.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil constituye la norma fundamental en la regulación del sistema de protección de menores. Tal como manifiesta MORENO TRUJILLO [1], aunque esta ley no lo mencione expresamente, "*no se podría analizar el abanico de posibilidades de protección del menor, si no lo abordamos desde el análisis de la patria potestad, de la institución de guarda del menor-hijo*". Es cuando se conculcan las obligaciones de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, darles una formación integral y representarlos, cuando se hace necesario defender sus intereses, otorgando la Constitución este deber a los poderes públicos, en un deber de protección integral.

---

[1] "Actuaciones de protección al menor", en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, *Protección jurídica del menor,* Granada, Comares, 1997, p. 59.

Cuando hablamos de sistema de protección, hay que hacer referencia a las distintas figuras jurídicas que engloba. Se puede distinguir entre figuras que tienen por objeto la protección inmediata del menor, esto es atención inmediata, guarda y desamparo y otras que lo que persiguen es su estabilidad familiar a largo plazo (acogimiento, adopción, tutela).

En general este sistema funciona de forma escalonada. De esta forma, un menor del que se tiene noticia por primera vez en la Administración puede a lo largo de su vida pasar por todas estas medidas, e incluso en ocasiones puede que varias veces. Pongamos el caso de un menor que entra en un centro a raíz del ingreso a prisión de sus padres; en un principio puede que sólo se beneficie de la guarda, pero su situación puede evolucionar a un desamparo e incluso un acogimiento y una adopción... o puede que por el contrario regrese con sus padres y posteriormente haya de ser protegido porque no ejerzan adecuadamente sus deberes paternos. Lo que se quiere dar a entender con este ejemplo es que el sistema de protección de menores se caracteriza porque está vivo: cuando un profesional o un equipo interdisciplinar toma un caso, es fácil que lo tome por años, esto es, son muchos los expedientes de menores que están abiertos en los archivos bien hasta la adopción, bien hasta la mayoría de edad del menor o la emancipación.

La detección y primera atención se proporciona desde los servicios sociales más cercanos al ciudadano, para, en su caso, pasar a medidas en que la intervención pública se hace mayor. La legislación hace una clara distinción entre la situación de riesgo, como medida preventiva, introducida por la Ley 1/1996, y la situación de desamparo en que se interviene separando al menor de su medio. Ésta es una distinción esencial ya que si bien en el primer caso la administración pública actúa, pero desde la familia, y sin alterar las relaciones paterno-filiales, en el caso de que este trabajo psico-social no dé sus frutos, puede devenir en un desamparo, con el cambio que supone en el ejercicio del contenido de la patria potestad por parte de los padres.

II. SITUACIÓN DE RIESGO. REGULACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA

La Ley 1/1996 introduce por primera vez el concepto de situación de riesgo, aludiendo a ésta como una actuación preventiva y reparadora, en el artículo 12, en consonancia con la tarea que la tarea de aseguramiento de la protección integral de los hijos que el art. 39 de la CE encomienda a los poderes públicos.

E. FERNÁNDEZ MASÍA, en su estudio sobre las entidades públicas de protección en relación a los menores extranjeros en España [(2)], hace referencia a

---

(2) *Actualidad Civil,* año 1998, vol. 2.

la situación de riesgo como aquellas "consistentes en perturbaciones que puedan afectar al desarrollo personal, educacional, económico o social de un menor que vive con su familia y no se encuentra totalmente desasistido. La situación de riesgo se produce dentro de una relación de tutela o patria potestad que es ejercida, en términos generales, de modo adecuado, pero en la que, en determinado momento, pueden apreciarse acciones u omisiones susceptibles de generar una situación de peligro para el menor si no se corrigen a tiempo."

E. ARCE JIMÉNEZ (3) trata las situaciones de riesgo como alternativa a la situación de desamparo. Sostiene la autora que "sólo en circunstancias que conlleven una irreversibilidad de la desasistencia se habrá de optar por declarar el desamparo. En los casos en que se observen carencias de tipo personal, educativo o afectivo, que puedan ser objeto de corrección o encauzamiento en el seno del apropia familia, serán una alternativa interesante a la declaración de desamparo."

M.ª BALLESTEROS DE LOS RÍOS (4) aborda la situación de riesgo de forma tangencial y para distinguirla del desamparo, no alcanzando aquélla la gravedad suficiente para justificar la separación del núcleo familiar. Expone la autora que "surge la duda de qué debe entenderse por situación de riesgo, se trata de un concepto jurídico indeterminado, que engloba un gran número de supuestos, siendo la Administración la que debe decidir qué supuestos se consideran como tales."

La situación de riesgo se diferencia esencialmente de la de desamparo en que no requiere la asunción de la tutela por ministerio de la ley, según el art. 17 de la Ley 1/1996. Esta norma la define de forma vaga, al decir que "son situaciones de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor y que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley". Esto es, si la situación pasa a mayor gravedad habrá que recurrir al desamparo. Señala M.ª LINACERO DE LA FUENTE (5) que las situaciones de riesgo se caracterizan por "la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, limitándose la intervención de la Administración a intentar eliminar, dentro del grupo familiar, las situaciones de riesgo. Las situaciones de riesgo responden a uno de los principios rectores de la acción administrativa, en concreto, el mantenimien-

---

(3) Los "menores extranjeros en situación de desamparo", *Revista de Derecho de Familia,* núm. 5, octubre de 1999, Valladolid, Lex Nova.

(4) *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas,* Madrid, Tecnos, 1997, p. 19.

(5) *Protección jurídica del menor,* Madrid, Montecorvo, 2001, pp. 164-165.

to del menor en el medio familiar de origen, a través de medidas como el apoyo a la familia previsto en numerosas leyes autonómicas."

Se trata de un concepto sumamente amplio, en el que no se ha acudido al sistema de listas precisamente por lo variado de las circunstancias que dan lugar al mismo.

No se establece en la Ley 1/1996 si es necesaria una declaración formal de la situación de riesgo, ni alude a procedimiento alguno ni a la competencia sobre la declaración. Sólo en el artículo 17 en su segundo párrafo dispone que "una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia". Al hacer referencia a que la situación debe ser apreciada, habría que entender que en algún momento se debe realizar una declaración formal de la situación de riesgo.

Por su parte la Constitución en su artículo 148.20, *otorga competencia a las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social* y la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 25.2.k), atribuye al municipio competencias *en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.* En este panorama legislativo, la realidad es que se ha producido una diversidad de regulaciones autonómicas dispares, de forma que en algunas Comunidades hay un procedimiento riguroso para su declaración y en otras ni siquiera se dicta resolución declaratoria, otorgando la competencia a veces a la administración autonómica, otras a la entidad local, y a veces actuando aquélla de forma subsidiaria a ésta.

La Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, da competencia para la declaración de la situación de riesgo a la Administración autonómica, regulando el procedimiento y estipulando que "la valoración de la declaración de riesgo y de desamparo y de la procedencia de las medidas de protección requerirá previamente un estudio interdisciplinar del menor y su entorno que ponga de manifiesto las necesidades que se deben cubrir, el objetivo general y las medidas o instrumentos de protección". Establece igualmente un plazo máximo de dicha valoración, que no será superior a dos meses desde el inicio del expediente.

La Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor del Principado de Asturias, anterior a la Ley 1/1996, no menciona específicamente la situación de riesgo, haciendo referencia en su artículo 18, como primera medida de protección, al *apoyo familiar para promover el bienestar y desarrollo integral del menor en su medio familiar de origen*.

De forma similar en Cataluña, Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción dispone

que "las medidas a adoptar, siempre con informe previo de los equipos técnicos competentes y teniendo en cuenta el interés del menor, pueden ser: la atención en la propia familia del menor, mediante ayudas de apoyo psico-social, de índole personal o económica, de la administración." El Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción en su artículo 13 dispone que "para proponer la medida de protección adecuada para la atención y el desarrollo integral del menor, se analizará y estudiará su situación de riesgo, y su realidad personal, social y familiar. El análisis se llevará a cabo en el propio medio natural del menor, o bien en los centros de acogida o en las familias acogedoras" y en el artículo 14, "los equipos técnicos priorizarán la medida de protección de atención a la propia familia cuando se prevea que la situación de desamparo puede ser modificable mediante la acción de las intervenciones técnicas adecuadas, procediendo a elaborar una propuesta técnica en la que se establecerá un plan de mejora y se dictará la correspondiente resolución".

La Ley Canaria, 1/1997, de 7 de febrero, de atención Integral a los Menores regula la declaración de riesgo, dándole la competencia a las entidades locales, y subsidiariamente a la administración autonómica, en el marco de lo dispuesto en la Ley de Bases de Régimen Local, con especial referencia al procedimiento de declaración de la situación de riesgo [6].

En Galicia, el Decreto 42/2000, de 7 enero, dispone que corresponden a los municipios, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de régimen local y en

---

[6] *Artículo 44. Procedimiento de declaración.*—1. Cuando tenga conocimiento de que un menor pueda encontrarse en situación de riesgo, el órgano municipal competente iniciará el oportuno expediente tendente a la comprobación de aquella situación, y comunicará el inicio al órgano competente de la Administración autonómica.

2. En el procedimiento para la declaración de la situación de riesgo se garantizará la audiencia de quienes estén ejerciendo las funciones parentales, así como del menor, si tuviere juicio suficiente o hubiere cumplido los 12 años. Asimismo deberá solicitarse informe del órgano autonómico competente en materia de atención a los menores.

3. La resolución que declare la situación de riesgo determinará las medidas de asistencia tendentes a eliminar los factores de riesgo dentro de la institución familiar, poniendo a disposición de los menores y familia afectados los servicios existentes para estos fines.

4. Dicha resolución deberá notificarse a quienes ejerzan las funciones parentales y comunicarse al órgano competente en materia de atención a los menores de la Administración autonómica.

5. En los supuestos en que el órgano municipal no proceda al inicio y resolución del procedimiento a que se refiere este artículo, el órgano autonómico competente en materia de atención a los menores, previo requerimiento al ayuntamiento correspondiente, podrá declarar la situación de riesgo de un menor y adoptar las medidas de asistencia necesarias. Esta resolución se notificará al ayuntamiento para la ejecución de las medidas de asistencia acordadas.

la Ley Gallega de Servicios Sociales, las funciones de prevención, apreciación e intervención en las situaciones de riesgo en las que puedan encontrarse los menores (...) En las situaciones de riesgo, la actuación administrativa se dirigirá a procurar las necesidades básicas del menor, mejorando su medio familiar y eliminando los factores de riesgo (...) La comunicación a la delegación provincial competente de una posible situación de desamparo y la colaboración en el seguimiento de las medidas de protección adoptadas por la Xunta de Galicia.

El artículo 38.2 de la *Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor de la Rioja,* dispone que las situaciones de riesgo de desprotección infantil señaladas en el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, serán apreciadas por la Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social, mediante acto administrativo del titular del órgano. La apreciación de la situación de riesgo determinará la concesión de las medidas de apoyo familiar, según lo dispuesto en los artículos siguientes. No se atribuye por tanto en este caso a los municipios la competencia en la apreciación de la situación de riesgo, vinculándola además a la concesión de ayudas.

La Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia no menciona expresamente la situación de riesgo, sino que alude a medidas de apoyo y prevención, arbitrando *"un sistema de apoyo a las familias biológicas del niño o a las personas bajo cuya responsabilidad se encuentre éste, que impida que situaciones de carencia desemboquen en el desamparo del menor u otras situaciones de riesgo, y que favorezca su permanencia en el núcleo familiar".*

En el marco de la legislación andaluza la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor "se consideran situaciones de riesgo aquellas en las que existan carencias o dificultades en la atención de las necesidades básicas que los menores precisan para su correcto desarrollo físico, psíquico y social, y que no requieran su separación del medio familiar", aunque no precisa el procedimiento para la declaración de la situación de riesgo. Como puede apreciarse hace una distinción al decir que no requieran separación del medio familiar, que no hace la Ley Orgánica 1/1996, la cual habla de que no requieran la asunción de la tutela por Ministerio; si atendemos a los establecido en la ley estatal, la medida de guarda ejercida a instancia de los padres o tutores estaría dentro de las medidas preventivas y la de desamparo dentro de las de protección. Dispone el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de Desamparo, Tutela y Guarda del Menor, que *la Administración de la Junta de Andalucía y la Local colaborarán utilizando los recursos disponibles para evitar que se produzca el desamparo*. Antes de la publicación de esta norma eran ya los Servicios Sociales municipales los que realmente detectaban estas situaciones, bien directamente, bien de la información que les proporcionaban fuentes como los centros de salud, colegios... En ocasiones, sin embargo, la propia entidad pública puede

ser la receptora de la información de la situación, mediante comunicación de los afectados o igualmente a través de otras instancias (denuncias de vecinos, colegios, centros hospitalarios...). Cuando la entidad pública, y en el caso de Andalucía, la Administración autonómica tiene conocimiento directamente de la existencia de una situación de riesgo debe dar traslado a los Servicios Sociales Comunitarios, y sólo debe hacer suya la información cuando considere que se encuentra ante una situación de desamparo. Es frecuente en estos casos abrir unas informaciones previas al desamparo que darán lugar, bien a la remisión a los servicios sociales, bien a la declaración de desamparo. Pongamos el caso de una madre inmigrante que solicita la guarda de sus tres hijos. Desde los Servicios de Protección de Menores se puede asumir la guarda, pero dado que la intención es que los menores vuelvan lo antes posible con su madre, los servicios sociales deben trabajar la situación de riesgo en que se encuentran, mediante un plan de integración familiar conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 42/2002, ya que si esa madre no se adapta social y laboralmente, es posible que los menores no puedan volver al seno de su famlia. La realidad es que el artículo 19 del Decreto 42/2002 ha dejado un vacío legal al no aclarar a quién corresponde declarar la situación de riesgo así como el procedimiento para dictar la resolución administrativa al efecto. Esta situación se subsana parcialmente en el art. 22 de la Ley 1/1998 de los derechos y atención al menor, al disponer que "la apreciación de la situación de riesgo conlleva la elaboración de un proyecto de intervención social individual y temporalizado, que en todo caso, deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación. Desde los servicios sociales se elaboran estos planes, en los que de forma ordenada, sistemática y cronológica se recogen todas las actuaciones realizadas." En caso de que posteriormente haya que declarar el desamparo, se habrá cumplido con el mandato del art. 12 de la Ley 1/1996, que en su apartado 2.º dispone que *los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades*. Estas responsabilidades no son otras, en el caso de los padres, que las incluidas en el artículo 154 del CC, integrantes del contenido de la patria potestad. Sólo en el caso de que dicho contenido no se ejerza correctamente habrá intervención pública, bien ayudando a corregir deficiencias en situaciones de riesgo, bien separando al menor de su medio cuando la situación lo requiera.

El hecho de que en algunas Comunidades Autónomas no se haya dado una regulación adecuada a la situación de riesgo implica que si bien hay núcleos familiares con los que se trabaja porque realmente están en riesgo, no consta formalmente que esta situación se haya declarado. La importancia de esta declaración estriba en que si posteriormente se declara el desamparo no es lo mismo en el proceso judicial que se haya trabajado con la familia y ésta no haya respondido adecuadamente a que haya habido intervención social y haya sido declarada la situación de riesgo. Hay que tomar en consideración que al hacer

un estudio de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, cuando se ventila un proceso sobre oposición a medida de desamparo, el primer principio que tendrá en cuenta la sala será el del interés superior del menor unido al mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés (artículo 11.2 de la LO 1/1996).

Además, si no hay declaración formal, no se puede saber la fecha desde que los servicios sociales vienen trabajando con el núcleo familiar y las oportunidades que se han dado a la familia de origen conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2 de la LO, esto es, determinación de las actuaciones que se han realizado con base en el principio de *la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.*Se dan casos en que hay familias que están en contacto con los servicios sociales durante años, sin conseguir dar remedio a las carencias de los menores, pero no existen documentos de trabajo que reflejen esta actuación y sustenten el desamparo decretado por la Administración, esto es, parece como si no se le hubiera dado la oportunidad de merecen (art. 39 de la CE).

Respecto de las actuaciones que deben emprender los poderes públicos en caso de situación de riesgo, el art. 17 de la Ley 1/1996 dispone se deberán "garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y la dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia". Dispone igualmente que una vez detectada la situación de riesgo, *la entidad pública pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia*. Se plantea la posibilidad de que la Administración ofrezca a los padres que lo soliciten una guarda, ante la situación de riesgo e inminencia del desamparo. Esta solución es válida, pero choca con el principio recogido en el art. 11.2 de la LO de 1996, al disponer el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen, salvo que sea conveniente para su interés. Habrá que hacer una valoración caso por caso.

En Auto de 23 de octubre de 1997 de la Audiencia Provincial de Tarragona el Tribunal rechazó la pretensión de la entidad pública de constituir un acogimiento preadoptivo optando por la solución de imponer medidas de protección familiar. Y es que a su juicio, "siempre será un problema de difícil solución, decidir si cuando la situación de desamparo del menor es debida a deficiencias físicas o psíquicas y sobre todo a carencias económicas, puede ser justo y humanamente aceptable, aunque pueda ser beneficioso para el menor arrebatarlo a su familia biológica y entregarlo a otra, que sin duda tendrá mayor capacidad económica que los padres biológicos, pero, que no quiere decir que los sentimientos y los lazos de sangre y con base en ellos el cariño tenga inferior valoración que el bienestar económico, que al parecer es el único medio que queda en este mundo para medir los sentimientos. Que por ello se entiende que

la primera medida del artículo 5 ya citado debe ser la aplicada, mediante la atención y cuidado en la propia familia del menor, con ayudas de soporte psico-social, de aspecto personal o económico de la Administración, procurándose siempre que sea posible, aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar, y de su entorno familiar natural, si conviene al interés del menor, todo ello sin perjuicio de que si las medidas tomadas no dieren el resultado apetecido en un tiempo prudencial, lo que dependerá en gran medida de la familia biológica del menor, que con tanto empeño lo reclaman, tenga que tomarse por dolorosa y traumática que resulte la medida, hoy rechazada, de acogimiento familiar preadoptivo."

Es destacable la crítica realizada por F. PANTOJA GARCÍA [7], en que señala que "la falta de regulación del riesgo en el Código Civil, priva de virtualidad civil a esta figura, al no regular su efectos jurídicos, que desde luego tiene para el menor, los padres o tutores, y la propia entidad pública, de tal modo que estos efectos no pueden tratarse del mismo modo que los derivados de la declaración de desamparo, ni la actuación del Fiscal puede encontrar el mismo cauce que en el caso del desamparo".

Dentro de las medidas preventivas en el marco de la situación de riesgo, hay que hacer mención por último a las medidas adoptadas antes del nacimiento. Sólo el artículo 2 de la ley catalana dispone que "el organismo competente a que se refiere el artículo 1 tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados y, preventivamente, antes de nacer, cuando se prevea claramente la situación de desamparo del futuro". Es especialmente grave la situación de madres toxicómanas, en que la Administración ya ha adoptado medida de desamparo y adopción de hijos de la misma mujer y es conocido que siguen consumiendo drogas, en los casos en que no se adhieren a programas de deshabituación. Verdaderamente estas mujeres están infligiendo malos tratos a sus hijos, pero si la actuación de los servicios sociales no es efectiva, por no dejarse ayudar, hasta el momento del parto, cuando sea hospitalario, o hasta la localización de la misma, se prolongará la situación del menor. Sería digno de estudio la posibilidad de actuar a favor del *nasciturus* aplicando los tipos penales existentes.

III. ATENCIÓN INMEDIATA: ESPECIAL REFERENCIA AL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

El artículo 14 de la Ley 1/1996 está dedicado en exclusiva a la atención inmediata. Dispone el mismo que "las autoridades y servicios públicos tienen

---

[7] *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica,* Madrid, Colex, 1997, p. 49.

obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal". Si son escasas las referencias doctrinales a la situación de riesgo, la atención inmediata regulada por la Ley Orgánica es prácticamente desconocida en los manuales.

Este artículo establece dos obligaciones: la primera, genérica de ayuda y atención, a cualquier autoridad o servicio público, que puede aplicarse en cualquier ámbito, sanitario, educacional o asistencial, y que puede entenderse en el marco del auxilio a que hace referencia el artículo 13.1 de la Ley Orgáncia (*Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva. 1. Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.*) Hace referencia a esos primeros cuidados que puede necesitar un menor en cualquier situación que se encuentre, siendo amplio el espectro de situaciones que abarca (porque haya sufrido un abuso o maltrato y precise ser llevado de forma inmediata a un centro sanitario, haya perdido el contacto con sus padres y se encuentre abandonado, porque sufra una intoxicación etílica fruto de una noche de "botellón"...).

La segunda forma de atención inmediata que regula el artículo 14 es la obligación de tramitar de forma inmediata el procedimiento necesario para dar protección al menor, bien directamente, bien dando traslado a la administración competente, así como de ponerse en contacto con los representantes legales y en su caso, con el Ministerio Fiscal.

En primer lugar habría que plantearse si la atención inmediata puede ser calificada como medida de protección. El Capítulo I del Título II de la Ley 1/1996 se denomina "Actuaciones en situación de desprotección social del menor". El artículo 12 enmarca dentro de las actuaciones de protección la situación de riesgo y la de desamparo. Seguidamente en los artículos 13 a 16, se desarrollan unos principios generales de obligación de los ciudadanos, deber de reserva, atención inmediata, colaboración y evaluación. Por tanto, por su ubicación sistemática, la atención inmediata debe ser entendida como un instrumento más a tener en cuenta en la protección de los menores, pero no como una medida de protección que requiera un procedimiento de declaración de medida determinado.

Del estudio del desarrollo legislativo realizado en las distintas Comunidades Autonómicas, se infiere el distinto uso que se hace del mismo en cada Comunidad. Algunas legislaciones autonómicas hacen referencia a esta figura y otras ni siquiera la mencionan. Es especialmente llamativo el uso que hace de la

misma la Comunidad Autónoma andaluza, puerta geográfica de entrada de buena parte de la inmigración a la Península.

En la Ley Andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, se trata este aspecto de forma tangencial en el artículo 23, al disponer, tras enumerar las causas que pueden dar lugar al desamparo, que "el órgano competente de la Administración que tenga conocimiento de una situación de posible desamparo de un menor iniciará expediente de protección, sin perjuicio de la adopción de las medidas de atención que el menor requiera". Este artículo está redactado en consonancia con lo dispuesto en la Ley 1/1996.

Ha sido el art. 18 del Decreto 42/2002 el que ha regulado de forma más exhaustiva la figura de atención inmediata en el ámbito andaluz, dando un giro a lo que se entiende por atención inmediata en la Ley Estatal de 1996 y la autonómica de 1998. Para empezar, el Decreto ubica los artículos sobre atención inmediata justo antes de la situación de riesgo y desamparo, como medida de actuación independiente a ambas figuras.

Es conveniente al estudiar la atención inmediata distinguir entre los supuestos en que no hay pérdida de contacto de los menores con sus representantes legales y los casos en que sí hay esa falta de contacto.

En todos los casos de desprotección, el art. 18.1 dispone que "la situación de desprotección en que se hallen los menores dará lugar a la inmediata intervención de la Administración de la Junta de Andalucía a fin de prestarles la atención que precisen". Se incluyen aquí los supuestos en que, existe la necesidad de proporcionarles urgentemente ropa, alimento, asistencia sanitaria o cualquier necesidad básica, con independencia de que a raíz de esta actuación se observe que existe situación de riesgo o desamparo.

Sin embargo, *cuando la desprotección se deba a la pérdida temporal de contacto de los menores con sus padres o representantes legales*, regulado en el artículo 18.2, tiene por objeto *atender las necesidades del menor en tanto se localizan a sus padres o representantes legales. La atención inmediata durará exclusivamente durante el tiempo en que se resuelva la situación del menor.* El art. 18.2 habla de "pérdida de contacto temporal, en que hay que realizar las gestiones oportunas para comunicar a los representantes legales la situación en que se encuentran los menores. No procederá la declaración de desamparo hasta que no se constate la imposibilidad de determinar la filiación de los menores o se constate que esa situación viene provocada por el incumplimiento por los padres o representantes legales de los deberes de la ley les asigna", esto es, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 154 del CC. De esta forma la norma andaluza hace indispensable para la declaración de desamparo que se determine la filiación o que se constate el incumplimiento de padres o tutores. Hay que distinguir varios supuestos habituales de pérdida de contacto, atendiendo al tiempo que se mantenga la situación:

1.º Pongamos el caso de una menor adolescente que se va de su casa el fin de semana y que a mitad de la noche es localizada por la Policía. La menor es trasladada a un centro de salud, porque manifiesta un alto grado de desorientación e ingresa en un centro de protección dado que no quiere decir dónde vive y declara que no quiere volver con sus padres. Localizados los padres, éstos manifiestan que la chica presenta problemas de conducta y que está en tratamiento psicológico. La menor ha recibido atención inmediata por parte de la Policía, sanitaria el centro de salud y de alojamiento por la entidad pública a través del centro de protección. A partir de ese momento los padres se hacen cargo de la misma, con independencia del apoyo que puedan tener de los servicios sociales o de que se adopten posteriormente otras medidas de protección.

2.º En el caso de menores de corta edad o recién nacidos, que aparezcan solos y sean atendidos por cualquier autoridad pública e ingresados en un centro de protección, en tanto se realizan las gestiones de búsqueda de los representantes legales, dispone el Decreto que permanecerán en atención inmediata. Hasta la publicación de esta norma, y tomando en consideración la Ley 1/1998 y LO 1/1996, en esta situación se dictaba inmediatamente resolución de desamparo. De un lado el menor en este caso está de hecho en situación de desamparo, pero hay que considerar que hasta que no se entre en contacto con los padres, o bien se desista en su búsqueda, no se les puede dar audiencia en el procedimiento. Además, al carecer de filiación, habría que realizar un desamparo con nombre ficticio. Tanto si se desampara como si se mantiene la situación de atención inmediata, procede cursar inmediatamente petición de localización de los representantes legales a la Policía. Si finalmente se tiene constancia de que aquéllos no aparecen, el procedimiento de desamparo se realizará sin ellos, con inicio a la vez de inscripción de nacimiento fuera de plazo ante el Juez encargado del Registro Civil, y si aparecen habrá que oírlos de cara a decidir el inicio del desamparo u otra medida. Tal como dispone el Auto Audiencia Provincial Sevilla (Sección 6.ª), de 23 de noviembre de 1999, *la inasistencia material o moral debe ser consecuencia directa del incumplimiento (voluntario o forzoso) de los deberes tuitivos* y con independencia de que los padres estén o no localizados.

3.º También se actúa mediante atención inmediata cuando una familia solicita la guarda de su hija o hijo y por razones de urgencia no se puede esperar a la tramitación del expediente administrativo. En este caso, el menor ingresa en un centro de protección, con independencia de que se instruya el procedimiento de guarda, en el que se podrá decretar la guarda residencial o familiar o la no guarda, debiendo decretarse, en su caso, la guarda provisional.

4.º El caso más frecuente de atención inmediata en Andalucía es el de menores inmigrantes no acompañados, al que hacemos referencia en el siguiente apartado.

No dispone la ley andaluza cuál es el plazo de duración en que puede permanecer un menor en atención inmediata, sin que se haya adoptado medida de guarda o desamparo. En los casos en que aparezcan los padres o tutores, habrá que, o bien devolver al menor de forma inmediata, o bien adoptar una medida, ya que no se podrá retener al menor en el centro en contra de la voluntad de los mismos.

La Ley Canaria, 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores en su artículo 53 (desarrollado por el Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias en su artículo 12) regula expresamente la atención inmediata en los siguientes términos:

1. Asumida la tutela, los menores recibirán atención inmediata en los centros o unidades de primera acogida habilitados al efecto.

2. La estancia en estos centros o unidades se limitará al tiempo imprescindible para determinar las medidas de amparo más adecuadas a sus necesidades.

En este caso la atención inmediata se ubica sistemáticamente en la ley, tras la declaración de desamparo. Es decir, contempla esta atención como una actuación que se ha de realizar con cualquier menor que haya sido previamente desamparado, como actuaciones complementarias a dicha medida. Resulta curioso que atendiendo tanto Comunidad canaria como la andaluza un alto índice de inmigración de menores, la primera adopte de forma inmediata la medida de desamparo, mientras la segunda dilate esta decisión en el tiempo.

Igual ocurre con la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor del Principado de Asturias, que habla de atención inmediata en el artículo 37, refiriéndose a atención inmediata a los menores desamparados. *Los menores desamparados cuya tutela asuma la Administración del Principado de Asturias recibirán una atención inmediata en los centros o unidades de primera acogida y observación dispuestos al efecto.*

Especial referencia al menor extranjero no acompañado

Han sido varias las modificaciones legislativas que se han operado en el curso de los últimos años y que han afectado profundamente al sistema de protección de los menores extranjeros.

El artículo 1 de la Ley 1/1996 dispone su *aplicación a los menores de dieciocho años, que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.*

La primera cuestión que se plantea es si estos menores han de ser desamparados de forma inmediata o es necesario esperar a contar con la documentación necesaria y que habitualmente no traen consigo. En puridad, aplicando el artículo 172 del Código Civil estos menores se encuentran de hecho en situación de desamparo.

E. FERNÁNDEZ MASÍA (8) sostiene que "en los casos en que el menor no tiene su residencia habitual en nuestro país, a pesar de su presencia transitoria en el territorio español y de la situación fáctica de desamparo, en interés del menor, es recomendable aplicar la medida de desamparo a todos los menores que se hallen en España en esta situación."

En la misma línea se desarrolla el artículo publicado en esta revista por E. ARCE JIMÉNEZ (9), que destaca que "la llegada de un menor extranjero no acompañado a territorio nacional ha de tener como respuesta única e inmediata por parte de la Comunidad Autónoma correspondiente de la asunción de la tutela por parte de la citada entidad, sin usar por tanto distintas 'varas de medir' en función de la nacionalidad de la que el menor manifieste ser originario".

El art. 62 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, dispone que "en los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de o localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informará a los Servicios de Protección de Menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise". En este momento se está haciendo mención a la atención inmediata regulada en el art. 14 de la Ley de 1996, que se prestará en tanto se determine la mayoría o minoría de edad, recibiendo una primera asistencia e ingresará en un centro de menores.

Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores. Este momento de puesta a disposición tiene gran importancia, ya que en caso de que haya que tramitar la residencia del menor, conforme a lo dispuesto en el art. 35.4 de la Ley Orgánica 8/2000, que dispone que "se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de

---

(8) "Las Entidades Públicas y la protección de los menores extranjeros en España", *Actualidad Civil,* 1998.

(9) *Revista de Derecho de Familia,* núm. 5, octubre de 1999.

origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores."

En la Comunidad Autónoma andaluza, hasta la publicación del Decreto 42/2002, en aplicación de la legislación civil sobre desamparo, los menores inmigrantes que llegaban a Andalucía eran desamparados de forma inmediata. Con la publicación del Decreto esta situación ha variado sustancialmente. El art. 18 en su apartado 2.º, dispone que "no procederá la declaración de desamparo hasta que no se constate la imposibilidad de determinar la filiación de los menores o se verifique que esa situación viene provocada por el incumplimiento por los padres o representantes legales de los deberes de la ley les asignen", el último inciso precisa que "en los supuestos de menores extranjeros, se recabará la colaboración de la autoridad consular del Estado del que sean nacionales".

Debido a que en el ámbito de la Administración andaluza se ha optado por no incluir en el ámbito del desamparo a los menores extranjeros, en tanto no se determine la posibilidad de retorno, al menos es conveniente tomar en consideración que el plazo de tiempo que se ha de computar a efectos de residencia y nacionalidad será contado desde esta puesta a disposición. En tanto se realiza este estudio el menor permanecerá ingresado en un centro de protección en atención inmediata.

Resulta más que dudosa esta solución para los menores inmigrantes, ya que si atendemos a lo dispuesto en la Ley de 1996 y al Código Civil, en estos menores se dan todas las circunstancias para declarar inmediatamente el desamparo. Hay que tomar en consideración que la concepción del desamparo en nuestro Derecho es de carácter objetivo, esto es, se tienen que producir "de hecho" las circunstancias concurrentes en el art. 172 del CC (con independencia de la filiación), el menor ha de tener una situación de privación de la necesaria asistencia moral o material, y que además se aplica a todos los menores que se encuentran en territorio nacional. Si el estudio de la situación del menor se prolonga podemos observar casos en que los menores permanecen sin tutor legal durante meses y sin una representación y defensa adecuada de sus intereses.

Tal como se ha adelantado más arriba, resulta paradójico que Comunidades con una realidad social tan parecida en materia de inmigración, como son Canarias y Andalucía, opten por decisiones tan diversas. En la primera los menores son desamparados en cuanto se detecta la minoría de edad y en Andalucía permanecen en los centros de protección sin medida alguna.

Si el menor permanece bajo la custodia de la Administración, tras ordenar el Fiscal, conforme al art. 35.2 de la LO 8/2000, la puesta a disposición, siendo el director del centro el que ejerce la misma, y sin haber declaración de desam-

paro, nos tenemos que preguntar bajo qué figura de protección está el menor. No existe tutela legal ni administrativa porque no se ha constituido. La atención inmediata que regula la Ley 1/1996 no hace referencia a la guarda prolongada del menor, sino a las primeras atenciones que pueda necesitar. Puede que nos encontremos ante un nuevo tipo de guarda, asumida por orden del Fiscal, sin que se pueda encuadrar en los supuestos tradicionales de la guarda. Lo cierto es que la Entidad Pública, a través del director del centro, tendrá que asumir la tarea de velar por el menor, cuidarlo y proporcionarle la educación adecuada.

En otras Comunidades como la catalana, se ha optado por ingresar al menor en un centro y comunicar al Ministerio Fiscal la situación de guarda de hecho que se mantiene sobre el menor, no procediendo a desampararlo hasta que se tenga constancia de que el menor va a permanecer en el centro, momento en que se dicta la resolución de desamparo.

En Baleares, se opta por hacer una resolución de "guarda provisional", que se comunica a la Fiscalía y al Consulado. Se trata de una guarda realmente *sui generis,* ya que no hay solicitud alguna por parte de los padres y sí hay motivos para el desamparo.

Como se puede comprobar, si bien las leyes españolas ofrecen un amplio margen de protección a los menores, otra cuestión diferente es la aplicación que de las mismas realizan las autoridades de las distintas Comunidades Autónomas. Considero que no tiene lógica esta diferente interpretación de la situación de desamparo del menor inmigrante no acompañado, dependiendo de la zona del territorio español donde desembarque (y de la nacionalidad de la que proceda). El criterio de asumir la tutela de forma automática e inmediata, no obstante, choca frontalmente con el hecho de que estos menores, en su mayoría, no tienen expectativas de quedarse ingresados en un centro de protección, por lo que normalmente no duran más de unos días en el centro. El problema sería más bien determinar si el menor quiere dejar que lo protejan, ya que no tiene sentido asumir tutelas para que duren dos días. Sin embargo, aplicando el Código Civil procede la tutela automática desde la puesta a disposición.

En el texto *Los menores en el Derecho Español* (10), se destaca que un menor extranjero no acompañado, desde su llegada a España "requiere de la declaración de desamparo y de la consiguiente adopción de medidas protectoras por parte de los organismos competentes de las CCAA siempre y cuando no esté emancipado". Analiza seguidamente la posibilidad de contemplar que estos menores se consideren emancipados y de no ser susceptibles por tanto de ser desamparados y concluye, en relación a los menores marroquíes, que son los que en mayor número entran en nuestro país, que "no existe en el Derecho

(10) Coordinado por I. LÁZARO GONZÁLEZ, Madrid, Tecnos, 2002, p. 464.

marroquí una emancipación a la prevista al artículo 19 del CC español. Los varones a partir de doce años tienen capacidad para ganarse la vida, pueden vivir, si el matrimonio de los padres se ha disuelto, con diversos parientes señalados legalmente, pero la autoridad paterna subsiste y de forma acentuada de acuerdo con el sistema fuertemente patriarcal de la sociedad islámica".

El art. 10.4 de la Ley Orgánica 1/1996, ordena que "una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo, la Administración pública competente facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen". Evidentemente en tanto no se haya asumido formalmente la protección del menor, no procederá documentarlo, por lo que habrá que esperar a que se tome la medida de desamparo, con detrimento de sus derechos, cuando esa situación se prolonga.

El artículo 22 del Código Civil (Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad) dispone que bastará el tiempo de residencia de un año para la concesión de la nacionalidad por residencia, *el que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuara en esta situación en el momento de la solicitud.* El hecho de que en tanto se solicita información sobre la familia del menor a su país de origen, a fin de estudiar la reagrupación familiar, éste pueda no estar bajo la figura de guarda o desamparo legal, juega en su contra, más si tomamos en consideración que la mayoría de los menores que llegan a España son adolescentes. Es obligación de la entidad pública poner todos los medios posibles para que, en caso de que el menor permanezca ingresado en un centro de protección por períodos superiores a los dos años, se les tramite la nacionalidad española. Sería cuestionable si el período de dos años se podría empezar a contar desde que se asume la guarda en centro de protección, mediante guarda de hecho o guarda provisional, o si el Código Civil está haciendo mención a la guarda asumida por la declaración de desamparo. En todo caso sería necesario aunar criterios, tomando en consideración que cada Comunidad Autónoma formaliza el desamparo y la correspondiente guarda en un momento distinto. La puesta a disposición a que hace referencia la legislación de extranjería, y que se toma en consideración para tramitar la residencia, debería ser la que el Código Civil adopte para obtener la nacionalidad como más favorable en aplicación del interés superior del menor, con independencia de que la tutela o guarda legal se haya o no asumido.

La situación expuesta sobre la declaración de desamparo de los menores inmigrantes está siendo objeto de revisión. Así la Instrucción de la Fiscalía del pasado 23 de octubre de 2003 ordenó a los fiscales que dictaminasen a favor del retorno a su país de origen de los menores extranjeros mayores de 16 años que acceden de forma irregular a España, sin que se pueda dictar sobre ellos una

orden de desamparo que les haga permanecer en España bajo tutela de la administración correspondiente.

El texto señalaba que los extranjeros mayores de 16 años que viven independientes de sus padres, y con el consentimiento de éstos, tienen capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad. A su vez, recalca que en tales casos no será procedente entender que concurre situación jurídica de desamparo, aplicándose el régimen jurídico de repatriación.

Además, con el fin de despejar dudas sobre si estos menores están o no emancipados de sus padres, la instrucción señala que "respecto de aquellos que pretenden la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres, no cabe imaginar otra prueba más notoria de vida independiente que ésta". También argumenta que si los servicios de protección no pueden actuar sobre los españoles mayores de 16 años emancipados, no parece lógico que sí lo hagan sobre los extranjeros en las mismas circunstancias (11). Actualmente, el Fiscal General del Estado ha anunciado al Consejo Fiscal la inminente aprobación de una Circular que recogerá las directrices de actuación de la Fiscalía en el caso de menores extranjeros que acceden a España de forma irregular, y que sustituirá a la Instrucción del pasado 23 de octubre.

IV. EL DESAMPARO

En la redacción anterior a 1987, el art. 174 del CC definía el abandono, que posibilitaba la adopción sin el consentimiento de los padres o tutores. Este artículo contemplaba un concepto objetivo del desamparo siendo declarado siempre por el Juez en un plazo de 6 meses.

Es ampliamente estudiado por la doctrina el abandono en el sistema de Derecho civil italiano, dada la influencia que ha tenido en la última reforma operada en nuestro Código Civil. En concreto M.ª BALLESTEROS DE LOS RÍOS (12) hace un estudio detallado de esta materia. El artículo 8.º de la Ley de 4 de mayo de 1983 dispone que el abandono surge ante la falta de asistencia moral o material de los padres o de los parientes obligados a prestársela y cuando la falta de asistencia no sea debida a fuerza mayor de carácter transitorio. Es un concepto objetivo, cuya comprobación corresponde al Juez. En el segundo párrafo de este artículo 8 se contempla el ámbito subjetivo del abando-

(11) Noticia ofrecida por la agencia Europa Press, también recogida en la página web http://www.asoc-fiscales.org/noticias.html?top=full.

(12) *El desamparo y la tutela automática...,* ob. cit., p. 19.

no, ya que subsiste éste incluso cuando los menores estén acogidos en un instituto de asistencia o se encuentren en acogimiento familiar, ya que la norma confirma que el menor tiene la necesidad de crecer en una familia en la que se encuentre establemente acomodado. En el caso del acogimiento familiar se mantiene la situación de abandono, ya que el menor es atendido por personas que no son los progenitores. Incluso en el caso de que la delegación de la patria potestad adquiera un carácter permanente, también podrá tener lugar la declaración de abandono.

El auto de la Audiencia Provincial Sevilla (Sección 6.ª), de 23 de noviembre de 1999 hace un estudio detallado del concepto de desamparo aplicado al caso que ha de resolver. El art. 39.2 de la Constitución Española establece que *los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos*, a continuación, el párr. 3.º, manifiesta que *los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*. Esto significa que uno de los contenidos de la patria potestad (la guarda) se eleva a deber de rango constitucional, e incluso se independiza de la propia institución (patria potestad), quedando indisolublemente unido a la condición de progenitor, ya sea titular, o no, de la patria potestad. El art. 39 establece: *"Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"*. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone en su art. 3.2, el compromiso de los Estados parte de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Igualmente, el artículo 9 de dicha Convención, señala que "Los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño."

Como punto de partida de la configuración del sistema actual de protección de menores en nuestro país hay que partir de la reforma operada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La LO 1/1996 no ha modificado la definición de desamparo que la Ley 21/1987 había introducido.

El art. 172.1 del CC define el desamparo en los siguientes términos: "la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o

material". Tal como expone M.ª BALLESTEROS DE LOS RÍOS [13], este concepto se caracteriza por aparecer delimitado en sus perfiles mínimos. No encontramos en el Código Civil ningún listado de situaciones en que un menor debe ser desamparado, sino una descripción genérica de lo que se considera esta situación, siendo los operadores jurídicos los que deben tomar la decisión respecto al caso concreto en el que están trabajando.

Coinciden M.ª BALLESTEROS con B. VARGAS CABRERA [14] en calificar el desamparo como un concepto jurídico relativamente indeterminado, que necesita complementarse con juicios de valoración. Expone aquélla que necesita completarse, pues no señala qué se entiende por privación de la necesaria asistencia material o moral, ni qué supuestos quedarán englobados en la expresión *"incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección"*. Si ninguno de éstos conceptos son claros, entiendo que el desamparo es un concepto jurídicamente indeterminado, sin que quepa la calificación de "relativamente", al igual que ocurre con la situación de riesgo.

1. CARACTERES DEL CONCEPTO DE DESAMPARO

El auto de la Audiencia Provincial Sevilla (Sección 6.ª), de 23 noviembre 1999 *define el desamparo sustancialmente por tres notas: "a) el incumplimiento de los deberes de protección; b) la privación de la necesaria asistencia moral o material del menor, y c) un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia."*

En cuanto al primer requisito (el del incumplimiento de los deberes), éste se produce no sólo en los casos de un abandono absoluto del menor, carente de personas que se hagan cargo de los deberes de guarda, sino que comprende también aquellos supuestos en que los guardadores incumplen de hecho, ejercen inadecuadamente o están imposibilitados para llevar a cabo aquellos deberes.

Aclara el auto de la A.P. de Sevilla que "los deberes incumplidos a los que venimos haciendo constante referencia son los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, es decir, los relativos a la esfera personal del menor, que integran el contenido moral de la patria potestad (art. 154 del CC), cuales son los de velar por el menor; tenerlo en su compañía; alimentarlo y educarlo procurándole una formación integral."

---

(13) *El desamparo y la tutela automática...,* ob. cit., p. 16.

(14) *La protección de menores en el ordenamiento jurídico,* Granada, Comares, 1994, p. 20.

La patria potestad a la que se refiere el art. 154 del CC distingue entre dos tipos de deberes y facultades:

— Los de contenido personal: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles formación integral.

— Los de contenido patrimonial y de representación: representarlos y administrar sus bienes.

Cuando se aplica el art. 172, se está restringiendo la patria potestad fundamentalmente en el primero de los apartados mencionados. Con el desamparo la patria potestad quedaría suspendida en su ejercicio, pero los padres continúan manteniendo su titularidad. Las facultades que los padres mantienen son las de tipo patrimonial. M.ª LINACERO DE LA FUENTE (15) expone que parece que la asunción de la tutela automática de la Entidad pública determinará *la privación temporal de la patria potestad,* salvo los actos de contenido patrimonial realizados en beneficio del menor, y plantea ¿qué motivo existe para que el progenitor privado del ejercicio asuma las decisiones relativas al patrimonio del hijo?

En cuanto a los deberes de representación, tampoco queda claro cuáles son los que pueden ejercer los padres. Si al menor hay que someterlo a una operación quirúrgica, el hospital va a demandar la autorización de la Entidad Pública. Habría que plantearse sin embargo a quién alude el Código Civil, en su art. 124, al hablar de representante legal, ya que si está sometido a la tutela de la Entidad Pública, habrá de ser ésta la que comparezca en el expediente de reconocimiento. En la práctica, dado que hasta ahora en Andalucía, como prácticamente en el resto de las Comunidades Autónomas, no se hace mención registral a los desamparos, se citaba a los padres.

Al hablar de incumplimiento hay que relacionarlo con el art. 170 del CC. En el caso de que se produzca, estaríamos ante las mismas causas que dan lugar a la privación de la patria potestad. Como señala M.ª BALLESTEROS DE LOS RÍOS (16), "aunque partimos de que el desamparo conlleva como efecto automático la suspensión de la patria potestad, esto no impide que la Entidad pública, si es necesario, solicite al juez la privación de la patria potestad (siguiendo el procedimiento declarativo de menor cuantía)".

Señala H. DÍEZ GARCÍA (17) que "la falta de aptitud de los padres para atender debidamente a sus hijos y que tiene su origen en estas circunstancias

---

(15) *Protección jurídica...,* ob. cit., p. 241.

(16) *El desamparo y la tutela...,* ob. cit., p. 140.

(17) *Aranzadi Civil,* vol. III, pp. 2239-2270, 1999.

fácticas, coincide, por otra parte, con alguna de las causas que dan origen a la privación de la patria potestad, o que provocan, en los expedientes de adopción, la innecesariedad de su asentimiento precisamente porque se considera que los progenitores están incursos en una causa de privación de la patria potestad."

En la práctica, la mayor facultad que les queda a los progenitores, una vez desamparado su hijo, dentro del contenido de la patria potestad, es el derecho a mantener relaciones personales. Por lo que respecta al contenido personal, cuando el menor pasa a situación de desamparo, bien mediante su ingreso en un centro de protección, bien con una familia acogedora, se mantiene intacto el derecho a las visitas, que se ejercerá de forma coordinada con la entidad pública y la familia de acogida. Dicho derecho puede ser suspendido, mediante petición por parte de aquélla o por orden judicial. Respecto de la posibilidad de suspensión cautelar de visitas o limitación por parte de la Entidad Pública, resulta destacable el contenido del Auto de 25 de septiembre de 2003 de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dispone, en relación al artículo 13 del Decreto 42/2002 del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, *que sólo autoriza a adoptar provisionalmente aquellas medidas que no puedan esperar a la resolución judicial sin grave peligro de que los menores sufran daños irreversibles, pero no la exime de instar judicialmente la suspensión, ni le autoriza a suplantar las competencias que los órganos judiciales tienen conferidas por el artículo 161 del Código Civil. En consecuencia la validez de las medidas adoptadas por la entidad con base al deber de protección que le confiere el artículo 172 del CC está supeditada no sólo al cumplimiento del requisito de peligro grave e inminente, sino también a que se inste también el correspondiente procedimiento judicial…* [18].

El segundo de los requisitos para que pueda hablarse de desamparo es la privación de la asistencia al menor. Éste es el elemento determinante, puesto que el desamparo se concreta en un resultado determinado, cual es la desprotección del menor de edad, prescindiendo de las causas que hayan producido aquel resultado de privación de la necesaria asistencia material o moral. Por tanto, el desamparo se produce tanto si incide en la esfera material (alimentos) como en la esfera moral (afectividad; relaciones personales).

Coincide la doctrina en definir el carácter objetivo del desamparo, relacionado exclusivamente con la situación de hecho en que se encuentre el menor.

---

[18] El artículo 13.4 del Decreto 42/2002 dispone que mientras se resuelve judicialmente la solicitud de regulación, supervisión, limitación o suspensión de las relaciones personales de los menores con sus padres, tutores, guardadores, parientes y allegados, la Administración de la Junta de Andalucía adoptará las medidas cautelares necesarias en interés de los menores.

En opinión de M.ª BALLESTEROS [19] "*si alguien ampara al menor, no entrará en juego la tutela automática",* y lo relaciona con la guarda del hecho del artículo 303 del CC. Este incumplimiento de los deberes de protección no se refiere a ninguna persona en concreto, luego la declaración de desamparo no tendrá lugar si dichos deberes se cumplen, no importando por quién se cumplen.

Señala H. DÍEZ GARCÍA [20] que la forma que tiene el art. 172 de describir el supuesto de hecho que justifica la intervención de la Entidad Pública asumiendo automáticamente la tutela del menor, permite excluir toda idea de culpabilidad en la actuación de los titulares de la patria potestad o de la tutela. Así lo entiende expresamente el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de marzo de 1996: "la situación de desamparo que contempla el artículo 172.2 del Código Civil se configura como una situación objetiva o de hecho que (...) excluye toda idea o causación culpabilística. No implica pues una situación de abandono de los menores, sino de desamparo en tanto en cuanto se encuentren privados de la necesaria asistencia moral o material."

Por último, debe mediar un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes de protección y la inasistencia al menor. La inasistencia material o moral debe ser consecuencia directa del incumplimiento (voluntario o forzoso) de los deberes tuitivos. De no venir originada la situación de privación de asistencia por la conducta incumplidora de los padres o guardadores, no resultarían de aplicación las previsiones del art. 172 del CC. El Auto de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 237/2001 (Sección 6.ª), de 14 de septiembre lo refleja de la siguiente forma: "... las consideraciones fácticas expuestas, son por sí solas suficientes como para mantener la decisión judicial de primera instancia en todos y cada uno de sus apartados al concurrir los dos presupuestos necesarios para ello, el subjetivo, consistente en una actuación de completa dejación por quienes ejercían la guarda de los menores en sus deberes asistenciales, y, de otro, el objetivo, materializado en la constatación de abandono de los menores."

Por lo que respecta al sujeto pasivo del incumplimiento de estos deberes, dado que se relaciona con la guarda de los menores, puede cometerse por cualquier persona que tenga la obligación de guarda de los mismos, que atendiendo a la regulación civil serían los padres, los tutores, los guardadores y acogedores legales y los guardadores de hecho.

Si ponemos en conexión la medida de desamparo con la adopción y el acogimiento, hay que plantearse si verdaderamente ésta es causa de aquélla o si no es necesaria la declaración de desamparo para llegar a la adopción. Los

---

(19) *El desamparo y la tutela...,* ob. cit., p. 111.

(20) *Aranzadi Civil,* vol. III, 1999, pp. 2239-2270.

artículos 175 y siguientes del CC, tal como declara B. VARGAS [21], no exigen el previo desamparo o inadecuación del ambiente familiar, parece que tampoco lo exige el acogimiento. Además la expresión contenida en el art. 173.2 del CC, *"tenga o no la tutela del menor"*, es indicativa al respecto.

2. LAS CAUSAS DEL DESAMPARO

No regulan ni el Código Civil ni la Ley Orgánica 1/1996 las situaciones concretas que dan lugar al desamparo. La intención de la legislación general no es otra que dejar abierto todo el abanico de posibilidades que la realidad puede ofrecer, siempre más amplia que una lista cerrada. Como señala S. ESPIAU ESPIAU [22], "una definición de carácter amplio o flexible permite encajar mejor todas las posibles situaciones de desamparo, mientras que la pretensión de enumerarlas corre el peligro de dejar alguna fuera, a no ser que se utilice como colofón una cláusula omnicomprensiva". No está de más, sin embargo, el listado que realizan la mayoría de las legislaciones autonómicas, que puede servir de guía a los profesionales, y de base para las resoluciones administrativas, con independencia de que haya supuestos que no se encuadren exactamente en uno u otro supuesto, pudiendo recurrir en último término a fórmulas genéricas.

M.ª BALLESTEROS DE LOS RÍOS [23] coincide con B. VARGAS CABRERA al mencionar los siguientes supuestos:

— "Comportamientos externos que se oponen a las exigencias ético-sociales e impiden una asistencia adecuada al menor.

— Comportamientos internos en el núcleo familiar, siendo características propias de los mismos la agresividad y violencia, la desviación de conductas, el desequilibrio o la total omisión de atenciones y afectos. Siendo los casos más relevantes los malos tratos de obra y psicológicos, las situaciones de explotación del menor de orden sexual, laboral o para la mendicidad, y las actitudes de absoluta indiferencia y omisión."

Pasamos a estudiar las causas más frecuentes de desamparo, mencionadas en las legislaciones autonómicas.

---

(21) *La protección de menores...,* ob. cit., p. 133.

(22) *Protección de menores, acogimiento y adopción,* Madrid, Marcial Pons, 1999.

(23) *El desamparo y la tutela...,* ob. cit., p. 41.

1. El abandono voluntario del menor por parte de su familia.

Estamos ante la no existencia de patria potestad o tutela. Es éste el caso de los menores que aparecen abandonados en la calle o en instituciones. Procede en primer lugar solicitar una investigación policial, en orden a determinar si los padres pueden ser localizados, y, en su caso, iniciar el procedimiento penal por presunto delito de abandono. Esta situación se suele dar hoy en día con menores hijos de inmigrantes, desconocedoras del sistema de protección, que temen acercarse a cualquier institución pública al no tener regularizada su situación legal en España y prefieren dejar a los menores ante la puerta de una casa.

Otro supuesto que se plantea con cierta frecuencia, relacionado también con la inmigración, es el de madres que acuden a centros hospitalarios a dar a luz, y que deciden entregar a su hijo en adopción. En estos casos es conveniente que se realice una visita por el psicólogo del equipo técnico a fin de determinar el estado emocional en que se encuentra, así como el letrado para que le explique los aspectos legales y consecuencias de sus actos. Es preciso actuar con rapidez ya que en la mayoría de los casos las madres desaparecen sin dejar domicilio, ya que no quieren acudir ante el Juez a fin de asentir a la adopción, por el temor generalizado que tienen hacia la justicia. La renuncia a menores no se produce únicamente en sectores sociales menos favorecidos, sino también en el caso de clases sociales altas, que por distintas motivaciones no pueden o no quieren tener a sus hijos con ellas.

Existen también situaciones en que los menores no son abandonados por su familia en una institución o en la calle, sino que encomiendan su cuidado a terceras personas y se desentienden de sus cuidados. En este caso los menores están atendidos por las personas que los cuidan por lo que no se produce el presupuesto de hecho del desamparo. En todo caso, si los padres están incursos en causa de privación de la patria potestad, por no atender a sus hijos, conforme a lo dispuesto en el Código Civil, en relación a las obligaciones inherentes a la patria potestad, se podría plantear si están incursos en causa de privación de patria potestad y nombramiento de tutor (conforme a lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil, en relación con el 222.1).

2. Ausencia de escolarización habitual.

La ausencia de escolarización recibe una mención especial en la Ley 1/1996, en su artículo 13.2, al disponer que “cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización”.

En los casos de absentismo puro, en muchas ocasiones no existe conciencia alguna de los padres del beneficio que conlleva la instrucción de sus hijos, ni de la obligatoriedad, impuesta ya en sede constitucional. Se tiende a usar otras vías antes de la separación familiar, a la que sólo se llega en casos extremos. En el *Diario Sur* de Málaga del día 24 de marzo de 2003, se publicó un extenso artículo en que se hacía mención a que la Fiscalía de menores impone multas de hasta 3000 euros a las familias que no lleven a los niños al colegio. La realidad es que aunque el Fiscal impulse el inicio de estos procedimientos, en realidad se trata de procedimientos sancionadores, en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, regulados en el Título IV de la Ley 1/1998. El hecho de que los medios informativos lancen informaciones de este tipo tiene más resonancia social que las visitas domiciliarias realizadas por los trabajadores sociales, las citas ante los servicios sociales, administrativos o educativos... porque como bien dice el artículo, lo único que duele es que a la gente se le toque el bolsillo.

La erradicación del absentismo se debe hacer desde el ámbito de la prevención. Se impulsan desde el ámbito educativo y social programas contra el mismo, como el programa "despertador", que se desarrolla en algunas barriadas malagueñas, llegando en ocasiones a personarse por las mañanas los educadores en los domicilios de los menores a fin de que inicien su jornada escolar. Sólo en los casos en que estas medidas no surtan efecto habrá que acudir a medidas sancionadoras como las mencionadas más arriba. Y, cuando a pesar de toda la actuación realizada, el absentismo continúe, habrá que pasar de la prevención a la protección.

En auto de la A.P. de Salamanca de 11 de marzo de 2002, se declara "... parece cierto que entre la menor y la madre existe una relación afectiva importante (...) pero ello en modo alguno desvirtúa los hechos que se tuvieron en cuenta para adoptar la resolución administrativa declarando la situación de desamparo de tal menor, y que en el curso del procedimiento quedó sobradamente acreditados, como era la existencia de un retraso educativo importante en relación a los niños de su edad, no debido a un retraso mental propio de la menor, sino a un déficit de estimulación y a la desatención de su proceso educativo localizada en la familia, que se ponía de manifiesto por una situación de absentismo escolar no justificado de la referida menor..." En este auto el motivo esencial del desamparo es el absentismo escolar, lo que no quita que seguidamente se ordene que por los servicios competentes se realicen los oportunos programas en relación con la menor y la madre para la adecuada integración de aquélla en la vida familiar.

No son, sin embargo, habituales los casos de desamparo basados únicamente en esta causa. Normalmente concurren otras causas relacionadas con familias desestructuradas.

Sobre el supuesto de que los menores reciban educación en casa, pero no estén escolarizados según el sistema oficial, relacionado igualmente con el derecho a elegir la educación religiosa para los hijos, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 260/1994 (24), de 3 de octubre, en la que se plantea *"… en relación con el fondo del asunto, entiende la Generalidad de Cataluña que se ha vulnerado el art. 27.1 de la CE en la medida en que los padres de los menores impedían su escolarización en centros homologados, privándoles del derecho a una educación integral",* y que la medida protectora básica de la Generalidad fue precisamente la obligada e incumplida escolarización, la Generalitat procedió a asumir la tutela de los menores, pero el TC declaró que "con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalidad sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados, pues los autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalidad no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables. Sólo en el caso de que efectivamente se impidiera el ejercicio de aquel derecho habría que entender vulnerado el derecho invocado por la actora, lo que no se deduce de los supuestos de autos". Este tema es tan debatido que de hecho en la sentencia hay un voto particular que se pronuncia en el sentido contrario al estimar que "nuestra sentencia debió haber concluido en que la Generalitat Catalana actuó constitucionalmente cuando instó la declaración de abandono en orden a poder obtener la escolarización efectiva de los niños".

Sin embargo lo que es una excepción en España está admitido por más de 30 estados de Norteamérica… buena parte de la jurisprudencia estatal estadounidense admite el sistema de enseñanza en casa, siempre que existan unas condiciones mínimas en el aprendizaje y los programas impartidos por los padres (25). Asimismo la mayoría de los Estados de la Unión Europea han dado ya su reconocimiento legal a la escolarización en casa (26).

En los supuestos en que la Entidad Pública se enfrenta a un caso como el planteado, en teoría, conforme a la sentencia del TC mencionada primero tiene que usar todos los medios a su alcance, incluso las disposiciones sancionado-

(24) http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/stc260_1994.html

(25) http://www.conoze.com/doc.php?doc=829

(26) http://comunidad-escolar.pntic.mec.es/698/tribuna.html

ras [27]. Si esas medidas no surten efecto, con la ley en la mano, la única vía es retirar al menor y escolarizarlo. Realmente lo más oportuno sería hacer una revisión de nuestra legislación en este aspecto y adherirnos a la postura adoptada por la mayoría de los países de nuestro entorno.

3. La existencia de malos tratos físicos o psíquicos por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas.

M.ª BENAVIDES [28] define el maltrato físico como "cualquier acción no accidental por parte de los padres/tutores que provoque daño físico o enfermedad en el niño/a, o lo coloque en riesgo de padecerlo". En cuanto al maltrato psíquico o emocional, lo define como "hostilidad verbal crónica en forma de insulto, desprecio, crítica o amenaza de abandono y constante bloqueo de las iniciativas de interacción infantiles (desde la evitación, hasta el encierro o confinamiento), por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar".

El Auto de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 241/2000 destaca "… ha sido probado, que los menores han sufrido malos tratos, siendo incluso azotados con un látigo que ellos describen con minuciosidad y que la Asistenta Social vio en la vivienda. Fueron totalmente abandonados, ejerciendo con ellos por parte del padre, una violencia grave, e incluso y ello tan sólo de pasada se hace constar, la posibilidad de abusos sexuales e incitación al sexo. Han sido desatendidos en su vida diaria, faltando toda organización e higiene en la vivienda, presenciando los fuertes conflictos entre los padres, y sufriendo déficit de desarrollo sin conocimientos escolares mínimos y exteriorizando un sentimiento de abandono total."

4. Abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas.

M.ª BENAVIDES define el abuso sexual como "cualquier clase de contacto sexual de un adulto con un niño/a, en el que el primero posee una posición de poder o autoridad sobre el mismo".

La detección de un abuso no es fácil, ya que al producirse a menudo en el ámbito familiar, el menor, avergonzado, calla la situación que sufre. En cual-

---

(27) La Ley 1/1998 del Menor de Andalucía prevé sanciones desde 3.000 a 600.000 euros según su gravedad para la falta de escolarización.

(28) *Los menores de protección: actuaciones psicojurídicas,* Madrid, Fundación Universidad-Empresa, 1998.

quier caso de presunto abuso, la prueba resulta esencial, por lo que es imprescindible la rapidez de los profesionales que lo detecten, presentado denuncia y procediendo desde el mismo Juzgado de guardia a ordenar la exploración forense. En este ámbito puede ocurrir que, por falta de conocimiento o por dilación en los procedimientos, las actuaciones se realicen tarde y a veces de forma reiterada, victimizando al menor.

5. La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza.

El Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.ª), de 23 de noviembre de 1999 estudia la situación de un menor en la que "... queda probada la grave situación en que se encontraba el menor David, nacido el 14-12-1995, permaneciendo solo en la calle, sucio, sin escolarizar, consumiendo alcohol, y tabaco con el consentimiento de sus padres y siendo adiestrado por éstos para robar, existiendo incluso un grave episodio de ingesta medicamentosa en octubre de 1995, reaccionando los padres con risas pensando que estaba borracho. Intentando los Servicios Sociales de la Junta de Andalucía, ayudar a los padres para conseguir una integración y reinserción familiar, no siendo ello posible..."

6. Drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor.

Respecto de la drogadicción de los padres, dado que hay ciertas drogas (cannabis, cocaína…) que gozan de cierta aceptación social, hay que distinguir los casos en que ha habido maltrato prenatal, en cuyo caso sería evidente el maltrato, de aquellos en que los padres esporádicamente consumen. Habrá que atender al resto de las circunstancias concurrentes, y especialmente al apoyo social y controles externos a la familia para determinar si se está ante una situación de riesgo, teniendo en consideración siempre la coletilla de que *incida gravemente en el desarrollo del menor.*

Cuando una madre da a luz y está en un programa de rehabilitación (dando positivo el menor a metadona), si los informes de seguimiento son adecuados, no se debe apreciar la situación de desamparo, sino actuar con medidas de apoyo social, con independencia de que la recaída pueda dar lugar al inicio de un expediente de desamparo.

La Sentencia de 11 de enero de 1994 de la Audiencia Provincial de Sevilla justifica la declaración de desamparo sobre los siguientes hechos acreditados:

"que subsiste la situación de drogodependencia del padre biológico (...) y las nefastas prácticas de mendicidad callejera de la madre apelante a sus hijos menores, lo que genera una situación insostenible, a cuya situación peligrosa y antisocial ha contribuido notoria y reiteradamente la madre biológica que se opone al auto de la declaración de desamparo".

El Auto de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 48/2001 (Sección 5.ª), de 14 de febrero, señala que "... queda acreditado que se trata de familia mal estructurada teniendo su origen en el alcoholismo probado del padre y la situación de la madre, similar a la del padre, con independencia de sus ingresos hospitalarios debido a la enfermedad de la piel que padece, careciendo de medios económicos suficientes para ofrecer, junto a las carencias esenciales de orden anímico..."

7. La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores.

Hay que distinguir en esta causa entre la drogadicción de adolescentes y la de niños pequeños. En lo que se refiere a éstos nos encontramos claramente ante el supuesto de tolerancia o consentimiento de los padres, estando relacionado fundamentalmente con la causa genérica de malos tratos. Se ha dado el caso de un menor de 6 meses al que se le ha suministrado un biberón con coca, correspondiendo al Juzgado de instrucción la investigación de quién fue la persona que se lo dio. Con independencia de que los padres hayan sido los autores directos del presunto delito, es evidente la responsabilidad objetiva de los mismos en los hechos, por lo que se produjo la inmediata retirada del menor del centro hospitalario en que ingresó.

En el caso de los adolescentes, la cuestión varía, ya que normalmente está asociado a problemas de conducta. El adolescente busca el alcohol o las drogas por sí mismo, normalmente sin la connivencia de los padres. Entre las "Conclusiones del encuentro sobre protección jurídica de menores, de mayo de 2002" (29), la n.º 20 resalta que los casos de menores con problemáticas relacionadas con la drogadicción, la discapacidad, la enfermedad y con desajustes de carácter social, en principio, no deberían ser objeto de actuación de los servicios especializados de protección de menores. Cada día es mayor el número de adolescentes que presentan problemas, en el ámbito de familias normalizadas, y que se tienen que arbitrar otras vías (centros de día, centros especializados...) para atender su problemática específica. Piénsese además en la situación en que se pone a un centro de protección cuando se ingresa a un menor con problemas

(29) *Revista de Familia SEPIN,* núm. 14, septiembre de 2002.

de drogadicción, ya que el centro no está preparado para atenderlo, además del riesgo evidente que supone para los demás menores ingresados en el mismo.

8. El trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 237/2001 (Sección 6.ª), de 14 de septiembre se expone "... que el comportamiento de la madre, con serios trastornos de conducta y quien no tiene conciencia de la enfermedad que padece —esquizofrenia—, sin someterse al tratamiento farmacológico exigido, en las relaciones que mantiene con la tutora de I. suele ser agresivo y desequilibrado, claramente perjudicial a los intereses de fundamental protección de los menores, poniendo en peligro el buen desarrollo de éstos..." En casos de enfermedad de este tipo, hay que plantearse, siempre que no haya padre, si más que una declaración de desamparo lo que procede es la incapacitación de la madre y nombramiento de tutor tanto a ésta como a sus hijos. En estos casos la Entidad Pública sólo debe actuar como tutora en último lugar, cuando no existan personas que puedan asumirla.

9. La convivencia en un entorno sociofamiliar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de febrero de 1998, sostiene que "… la cuestión (...) se ha de resolver atendiendo fundamentalmente al criterio del beneficio o interés del menor, no obstante las pretensiones legítimas que en este aspecto formulen los progenitores, quienes sólo en la medida en que acrediten un cambio en las circunstancias familiares, personales, laborales, económicas y materiales del entorno en el que se desarrolla la vida cotidiana de los mismos será posible entonces acceder a lo interesado, y resolver de otro modo la transitoria situación en la que se hallan los menores". En estos casos es esencial, previamente a la declaración de desamparo, y, en su caso, con posterioridad, que los servicios sociales trabajen la situación de riesgo. Previamente, para evitar el desamparo, y *a posteriori,* para conseguir la reintegración familiar o para, cuando no hay respuesta familiar, tomar medidas de protección a largo plazo.

10. La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor.

Si la falta de estas personas es intencionada habría que recurrir a la primera causa, esto es, el abandono, ya que cuando hay una imposibilidad temporal hay

que acudir a la figura de la guarda. Cuando hay imposibilidad, por ejemplo, por prisión, hay que valorar la edad y circunstancias del menor, así como el tiempo de internamiento del progenitor a fin de estudiar si es posible integrar temporalmente al menor en una familia, propia o ajena, o si procede desamparar.

A pesar de que esta lista pretende ser exhaustiva, al igual que ocurre con la legislación desarrollada por otras Comunidades Autónomas, la realidad es que existen muchos casos en que la resolución de desamparo se dicta, como señala H. DÍEZ GARCÍA [30] *"en relación a un conjunto de concausas y, principalmente, un entorno socio-familiar degradado que puede perjudicar, a juicio de los Tribunales, el interés del menor."*

Éste es el supuesto contemplado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 9 de diciembre de 1995: "de las circunstancias del parto, según el informe del equipo médico que asistió a la madre (INSALUD) y la descripción del lugar en que acaeció el nacimiento del niño —ausencia de energía eléctrica, carencia de agua corriente y de toallas, habitación sin ventanas, en la cama restos de comida, sin sábanas y el niño recién nacido llorando a los pies de la madre— así como de los antecedentes de ambos progenitores —padre alcohólico y madre oligofrénica— determinaron que la entidad pública instante del procedimiento dictara Resolución."

Señala H. DÍEZ GARCÍA que *"como es posible intuir, en la mayor parte de las ocasiones la situación de desprotección del menor hace referencia a supuestos de marginalidad en los que puede resultar determinante la situación económica de su familia"*. Se entiende que no es moralmente correcto dictar una resolución de desamparo fundamentada en una falta de recursos económicos, pero la realidad y el principio del interés superior del menor se imponen en muchas ocasiones. Si bien en estos casos lo procedente es ofrecer a los padres la posibilidad de una guarda de los menores, en caso de que no acepten, puede ser necesario dictar una resolución de desamparo (o bien una vez ingresados en un centro los padres no se valgan de los recursos sociales que se les ofrecen).

Así acontece en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 7 de julio de 1994 (JT 1994, 1198) . En opinión del Tribunal, los menores "quedaron privados de la necesaria asistencia moral y material, atendiendo a estados mínimos de cuidado y protección admitidos por el general sentir social, a causa del imposible e inadecuado ejercicio por sus padres de los deberes de protección legal respecto a aquéllos, puesta de manifiesto a través de la carencia de recursos económicos imprescindibles para atender a su alimentación, la falta de vivienda, la desintegración de los padres en régimen de vida en común, ausen-

---

(30) *Aranzadi Civil...,* art. cit.

cia del núcleo familiar o incluso la falta de comunicación en alternancias largas del padre para con sus hijos."

Existen supuestos en los que hay una incapacidad de los padres para cuidar de los hijos, que resulta patente, a pesar de tener éstos suficientes medios económicos y con independencia de que padezcan o no una enfermedad mental. Es el caso de la propuesta de acogimiento permanente de un menor de 3 años de edad, tras estar éste ingresado durante meses en un centro de protección en situación de desamparo, en tanto se trataba desde los servicios sociales de inculcar pautas educativas a la madre. Pero tras este período de tiempo se llegó a la conclusión de que la madre era incapaz de adquirir las habilidades necesarias para que el hijo viviera en el hogar familiar. En este caso la madre tenía un contrato fijo como pinche de cocina, pero era incapaz de mantener unos horarios de comidas, sueño... necesarios para la estabilidad del menor. Era indudable el afecto de la madre al menor y no existía ninguna de las causas explicitadas en el art. 23 de la Ley 1/1998 de los Derechos y Atención al Menor de Andalucía, pero del informe psicológico se deducía una incapacidad generalizada para el cuidado del menor, siendo ratificado el desamparo en el Juzgado y prosperando posteriormente el acogimiento.

Como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz de 30 de junio de 1994), "en los supuestos de disparidad de intereses entre los padres que, conservando las facultades inherentes a la patria potestad sobre sus hijos menores y que reclamen su compañía (derecho de guarda, custodia y visitas) (...) y los intereses de los menores (...) el legislador ha querido que el Juez opte siempre por el interés más digno de protección, que no es otro que el de los menores desvalidos y desamparados, conforme corresponde al principio general de derecho del *favor filii* presente en todos los acuerdos y convenios internacionales de protección de la infancia."

Existen otros casos como el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de julio de 1998 en que a pesar del hecho de "que la situación económica de la madre sea buena en estos momentos por haberle tocado un cupón de la ONCE, y considerar que puede hacerse cargo del menor cabe decir que nunca se ha tenido en cuenta para decidir sobre la situación del menor la situación económica de la madre, sino el hecho de que el niño se encontrara en total desamparo ya que la madre nunca ha cumplido con sus deberes como tal ni se ha ocupado del menor, sino que lo dejaba solo encerrado en casa lo que obligó a actuar al Ente Público, tal y como consta en los informes que obran en las actuaciones. Y sobre todo, uno de los hechos determinantes ha sido la enfermedad mental de la madre, no quedando acreditado que en la actualidad se halle totalmente curada de la misma. Teniendo en cuenta principalmente el interés del menor, que es el más necesitado de protección, se considera procedente la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución objeto del mismo."

3. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE DESAMPARO

En los últimos años se ha aprobado por las distintas Comunidades Autónomas la regulación del procedimiento administrativo de declaración de desamparo. A pesar de las características especiales que puedan tener algunos de estos procedimientos, la realidad es que todos se tienen que atener a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Es interesante hacer mención previamente al método de trabajo. El trabajo con menores en protección se desarrolla de forma interdisciplinar. Existen equipos técnicos formados por trabajadores sociales, psicólogos y abogados, a los que se les deriva la información y en su caso impulsan el inicio del procedimiento. Como señala el juez José Luis Utrera al hablar del moderno sistema legal de la protección a la infancia entre los principios generales que informan las nuevas políticas de protección de menores, se destaca que la protección de la infancia se realiza por medio de personal técnico con formación específica y desde una perspectiva interdisciplinaria que garantice un abordaje plurifocal del problema. De esta forma se atienden los distintos sectores de la vida del menor que se pueden ver afectados. Los profesionales trabajan con y para el menor, impulsando, en su caso, la separación del medio familiar, y atendiendo las necesidades sociales, psicológicas o jurídicas que pueda presentar.

La fases de procedimiento administrativo de desamparo son las siguientes:

Información previa.—Antes de iniciar el procedimiento se puede acordar la apertura de una información previa, a fin de determinar la existencia de indicios de desasistencia. Este trámite no tiene un plazo definido, ya que dependerá de la dificultad de las investigaciones que se realicen. En muchas ocasiones las informaciones previas se cierran tras la comunicación de la posible situación de riesgo de unos menores a los servicios sociales, con independencia de que con posterioridad sea necesario iniciar el expediente.

Iniciación.—El procedimiento se inicia siempre de oficio por acuerdo de iniciación firmado por órgano competente. La iniciación se debe comunicar a los interesados, en su caso padres, tutores o guardadores, a los órganos administrativos (normalmente los servicios sociales o sanitarios) y a los denunciantes. El acuerdo de iniciación hará mención a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar al mismo, de forma detallada.

En el caso de los denunciantes chocamos con el problema de la salvaguarda de la intimidad del menor, ya que al denunciante se le puede informar del inicio del expediente, pero si se le notifica el acuerdo de iniciación en texto completo, probablemente tenga acceso a toda la información sobre el menor que se recabe

a lo largo de la investigación previa. Los denunciantes tienen derecho a solicitar su no identificación en el procedimiento, lo que no impedirá la investigación de los hechos, además de no darse acceso a los datos de identificación de los denunciantes cuando ello ponga en peligro su seguridad. Todas estas cautelas facilitan la cooperación de los particulares en la protección de los menores. Los profesionales que trabajan estos temas tienen una obligación explícita de informar a los denunciantes a fin de que decidan el carácter de la denuncia que formulan. Respecto de la forma de redactar la denuncia, a fin de que no trasciendan los datos del denunciante, se deben anotar las referencias personales de éste separadamente, a fin de que ni en fase judicial ni administrativa haya acceso a los mismos.

Instrucción:

Alegaciones.—En esta fase esencial se da la obligación legal de informar a los padres, tutores o guardadores de su derecho a solicitar la asistencia jurídica.

Se debe realizar un diagnóstico actualizado del estado real de los menores, que reflejará la situación sanitaria, psicológica, sociofamiliar y legal. Este estudio se hace de forma interdisciplinar, con la información obrante en el expediente, o la aportada por otras Administraciones Públicas, tras la notificación de la iniciación. Se puede igualmente abrir un período probatorio de oficio o a instancia de parte.

Audiencia.—De los padres, tutores o guardadores: se entenderá cumplida cuando no hayan podido ser localizados los interesados, o, si citados, no comparecen en plazo, por lo que en este trámite es esencial contar con un adecuado sistema de notificaciones, procediendo, en su caso, a notificar a través de los boletines oficiales, ya que dado lo breve que es el plazo para resolver podría incluso caducarse por esta causa. J.I. IGLESIAS REDONDO [31] hace referencia "a la importancia de dar audiencia no sólo a las personas arriba mencionadas, sino también a todas aquellas que conforme a lo dispuesto en el art. 239 del CC, puedan asumir la tutela en beneficio de éste, ya que en caso contrario la resolución podría ser nula en aplicación del art. 63.2 de la Ley 30/1992, por indefensión de los mismos". En caso de que estas personas se puedan hacer cargo del menor se debe promover la tutela ordinaria.

Audiencia de los menores.—Los menores deben ser oídos en este trámite en la forma adecuada a su edad y grado de madurez. Se recoge aquí lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1/1996 que dispone que "el menor tiene derecho a ser

---

(31) *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores,* Barcelona, Cedecs, 1996, p. 300.

oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social". No dispone la legislación de un límite de edad, sino que alude al grado de madurez. Habrá que acudir a los centros escolares fundamentalmente, para recabar esta información, ya que en esta fase los profesionales actuantes no han podido constatar si procede o no dar audiencia al menor. En caso de duda se acudirá al margen de los 12 años de edad. Es una tarea difícil dar audiencia a los menores, ya que en muchos casos ignoran siquiera que se esté tramitando el procedimiento, teniendo en cuenta además la dureza de la comunicación de la información que se le debe de transmitir en este momento. Es habitual que los padres obstaculicen esta tarea, ya que aunque se curse una notificación dirigida al menor, ésta es frecuentemente interceptada por los padres. También puede suceder que los menores sean absentistas escolares y se encuentren en el domicilio, lo que dificulta aún más la tarea. Normalmente esta audiencia la realiza el psicólogo del equipo técnico, aunque en ocasiones habrá que contar con los agentes sociales o educativos que trabajan más cerca del menor. En caso de que haya que dar audiencia a un menor y no se pueda materialmente efectuar, por la oposición de los padres, habrá que fundamentar la causa de la falta de la misma. Imaginemos el caso de una menor de 14 años, con madre esquizofrénica en situación de absentismo. Ante la imposibilidad de dar audiencia a la menor, una vez formalizados el resto de los trámites, se puede plantear un desamparo provisional, y una vez ingresada la menor en un centro de protección, darle audiencia y continuar el procedimiento por los cauces ordinarios. Habría que plantearse si es correcto acudir a estas situaciones límite a fin de cumplir con este trámite.

Por último, "cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos", dispone la Ley 1/1996.

Propuesta de resolución.—Dictada por el instructor del procedimiento, expresará la procedencia o no de declarar la situación de desamparo y el centro o las personas que asumirán la guarda.

Resolución.—Se notificará a los padres que no se hallen privados de la patria potestad, a los tutores y guardadores, así como a los menores, según su grado de madurez y, en todo caso, si han cumplido 12 años.

Ejecución.—Notificada a los padres la resolución administrativa éstos pueden voluntariamente aceptar el ingreso de los menores en el centro de protección en que se haya delegado la guarda. Cuando esto no ocurre, hay que recurrir al auxilio de la autoridad policial a fin de ejecutar la medida, solicitando, en su caso, autorización de entrada a domicilio.

Existe igualmente la posibilidad, como medida cautelar, de dictar declaración provisional de desamparo, cuando existan circunstancias que pongan en

grave riesgo la integridad física o psíquica de los menores. Dicha medida habrá de ser ratificada o no junto a la resolución del procedimiento. Se puede declarar junto a la iniciación del procedimiento o en cualquier fase posterior, continuando el mismo por los cauces ordinarios. Esta vía se utiliza frecuentemente en los casos en que hay una situación de maltrato evidente (de la que se tiene conocimiento a través de la Policía, los Juzgados, los hospitales, los colegios...), en situaciones en que la información recibida pone de manifiesto de forma patente que se está produciendo una situación de maltrato que no admite dilaciones procedimentales. No obstante, el procedimiento tendrá que seguir su curso hasta su resolución.

Plazo de resolución.—Si no se establece un plazo concreto de resolución por la legislación autonómica, hay que acudir a la legislación general. El artículo 42.3 de la Ley 30/1992 dispone que "cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo para recibir la notificación, éste será de 3 meses (ampliable a otros 3 más), contado en los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación. Observamos por tanto un plazo muy breve, dada la cantidad de trámites y notificaciones que en ocasiones tiene el procedimiento, pero que constituyen una garantía muy importante para los administrados. Además, este plazo se hará constar en el acuerdo de iniciación, conforme a lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992.

Momento temporal en que se debe producir la situación de desamparo, que se ha de tomar en consideración.—Los términos de la redacción del artículo 172.1 del Código Civil dan la impresión de que la toma de decisión del desamparo es mucho más ágil y rápida de lo que en realidad es. Esas notas sólo las tiene la declaración provisional a la que he aludido más arriba. La redacción del Código Civil parece que no está pensada en consonancia con todo el procedimiento administrativo expresado, que puede tener una duración de hasta 6 meses, durante el cual pueden ocurrir muchas eventualidades, ya que si por algo se caracterizan los expedientes de protección es porque están "vivos".

Pensemos en las siguientes situaciones:

1. Comunicado el inicio del desamparo, los padres optan por que sus hijos vayan a vivir con cualquiera de sus familiares. En el momento de resolver no existe inasistencia moral o material, los menores se encuentran en guarda de hecho. En aplicación estricta del Código Civil no procedería desamparar, pero la realidad es que la situación sociofamiliar sigue siendo la misma, si se dicta resolución de no desamparo, los padres se pueden volver a llevar a sus hijos consigo. B. VARGAS CABRERA admite la declaración de desamparo a pesar de la adecuada asistencia de terceros al menor, por la actitud obstruccionista de los padres [32].

---

(32) *La protección de menores...,* ob. cit., p. 35.

2. Iniciado el procedimiento se dicta resolución provisional de desamparo y los menores pasan a un centro de protección. Igual ocurre con menores que, estando ingresados en un centro en guarda a solicitud de los padres, ven cómo éstos hacen una dejación de sus funciones. En este supuesto la doctrina es partidaria de confirmar el desamparo. Señala VARGAS CABRERA que éste es el supuesto recogido en el apartado 2.º del artículo 8 de la Ley Italiana de 4 de mayo de 1983 y que su *"finalidad es impedir los fraudes que pueden cometerse al utilizar las instituciones públicas u legales para desconectarse de los comportamientos de atención al menor"* (33).

3. Iniciado el procedimiento de desamparo se dicta resolución de desamparo provisional y se formaliza acogimiento administrativo o judicial con familia extensa. Los menores están asistidos dentro de su entorno natural, pero nos encontramos en la misma tesitura que en el supuesto n.º 1.

4. Iniciado el procedimiento, los menores son acogidos judicial o administrativamente por familia ajena. Estaríamos ante la misma solución que en el supuesto n.º 2.

La cuestión es que, en todo caso, si no se hubiera producido la notificación del inicio del procedimiento, lo más probable es que los menores seguirían en la situación de falta de asistencia moral o material en que les mantenían sus progenitores. La realidad impone en estos casos dictar resolución de desamparo, pero ello no casa con el concepto objetivo que recoge nuestra legislación. La realidad es que ante esta situación sería más práctico emular el concepto subjetivo de desamparo que contempla la legislación italiana, mencionado al principio de este artículo.

VI. RÉGIMEN REGISTRAL DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA

Algunas legislaciones autonómicas mencionan la inscripción en el Registro Civil (RC) del desamparo. El artículo 34 del Decreto 42/2002 dispone que "la Administración de la Junta de Andalucía, a través de los órganos competentes, asumirá la tutela de los menores cuando éstos sean declarados en situación de desamparo o así lo determine una resolución judicial, debiendo comunicarlo al Registro Civil para que proceda a su inscripción". No es pacífica la doctrina en cuanto a la posibilidad de inscripción en el Registro Civil de la declaración de desamparo. S. SALVADOR GUTIÉRREZ (34) hace un estudio de la cuestión. La postura de la Dirección General del Registro y Notariado, en Resolución de 22 de junio de 1996, considera que la tutela legal no es objeto de inscripción

(33) *La protección de menores...,* ob. cit., p. 36.

(34) "Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral", *Actualidad Civil,* 1998.

principal en la Sección Cuarta del RC, y que, por tanto, tampoco la suspensión de la patria potestad daría lugar a la inscripción marginal en el folio de nacimiento del tutelado. Sin embargo sí sería posible dejar constancia registral de la constitución de esta tutela legal mediante anotación marginal en la inscripción de nacimiento del menor tutelado, en los términos del art. 38 de la LRC. Sostiene la autora, que "dado que en la resolución mencionada se apoya la tesis de la posibilidad de anotación marginal del acogimiento, considerando que habitualmente éste trae causa de la previa declaración de la situación de desamparo, nada debe obstar para que ésta sea igualmente objeto de anotación marginal, a los efectos de lograr su publicidad mediante la institución registral".

Tiene una trascendencia esencial la cuestión planteada. Se ha dado el supuesto en el Registro Civil de Málaga de tramitar un expediente de filiación no matrimonial, *ex* art. 124 del CC, en el caso de una menor desamparada y en acogimiento administrativo con la abuela materna, en que no se ha requerido el consentimiento del representante legal, esto es la Entidad Pública, por desconocerse la situación de desamparo, encontrándose la menor, de 14 años de edad, con un padre al que no había conocido hasta ese momento. También ha sucedido en alguna ocasión que un menor recién nacido se desampare y ningún familiar materno se ofrezca a acogerlo, procediendo posteriormente el padre a reconocerlo legalmente, sin intervención de la Entidad Pública, y personándose en el procedimiento de adopción bien por sí mismo o a través de familiares que desean acoger al menor. Igualmente se plantea, a raíz de esta falta de inscripciones registrales, la situación de una madre cuyo hijo está desamparado, y a quien, al tramitar el procedimiento de separación, el Juez le otorga la guarda y custodia del menor, sin tomar en consideración la declaración legal de desamparo, puesto que la desconoce y no consta en ningún documento registral. En Sentencia de 28 de mayo de 2002 de la A.P. de Vizcaya se declara "... la resolución procedente sobre los efectos dimanantes de la declaración de separación que se efectúa (...) se ve afectada, en lo que hace referencia a las hijas menores, por el hecho de que en la actualidad las menores están declaradas en situación de desamparo y por tanto bajo la tutela de la Diputación Foral. Este hecho hace que en la actualidad ninguna medida relativa a dichas menores deba ser adoptada, puesto que los padres se encuentran suspendidos de la patria potestad..."

De todo lo expuesto se deduce la necesidad de dar una regulación uniforme para este tema (con independencia de algunas legislaciones autonómicas, como el artículo 34 del Decreto 42/2002 de Andalucía, que lo ha regulado), dada la falta de criterio unánime en la doctrina. J.I. IGLESIAS REDONDO [35] es defensor de esta postura de la inscripción, ya que sostiene que *"mantener lo contrario, además de carecer de justificación, sería contraproducente a los efectos de asegurar la protección integral de los hijos."*

---

[35] *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores,* Barcelona, Cedecs, 1997, p. 298.

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

CARMEN GARCÍA POVEDA
Oficial de la Administración de Justicia
Licenciada en Derecho

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO

II. LA NEGATIVA AL SOMETIMIENTO A LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La coerción a la prueba biológica y el derecho a la integridad física de las personas (art. 15 de la CE).

   1.1. *El derecho a la integridad física.*
   1.2. *La coerción a la prueba biológica.*

2. El derecho a la libertad religiosa (art. 16.1 de la CE).
3. Las pruebas biológicas y el derecho a la intimidad personal y al honor (art. 18.1 de la CE).
4. Derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24 de la CE). La *ficta confessio.*

   4.1. *La negativa a la prueba biológica y la* ficta confessio.
   4.2. *Derecho a no declarar contra sí mismo.*
   4.3. *El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE).*
   4.4. *El principio y el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 de la CE).*

III. CONCLUSIONES

I. PLANTEAMIENTO

Es unánime la doctrina en considerar que las pruebas biológicas en la determinación de la filiación no son contrarias a la Constitución: son en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ "perfectamente compatibles con ellas, y se adecuan a sus privilegios fundamentales y a sus normas concretas; y luego, a aquellas otras con rango de ley ordinaria que la han desarrollado" (1).

Se argumenta que las mismas están abaladas de un lado, por el artículo 39.2 de la CE que prevé que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad"; y parece evidente que sólo puede entenderse posibilitada si se permite el juego procesal propio de la prueba hoy más segura, contundente, fiable y eficaz que hay en ese terreno, como es la prueba biológica, altamente tecnificada (2). Sobre la relación entre la prueba biológica y el artículo 39.2 de la CE se han pronunciado entre otras las SSTS de 12 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988 y 15 de marzo de 1989.

Que las pruebas biológicas no son contrarias a la Constitución ha sido establecido por numerosas Sentencias del Tribunal Supremo, entre las que cabe destacar las de 14 de octubre de 1985, 14 de junio de 1988 y 30 de noviembre de 1989 que postula: "Hay que tomar en consideración el preponderante interés concedido a la filiación y con él a los legítimos y superiores de toda sociedad de estado cultural avanzado en que se potencian los intereses familiares y sociales frente a los estrictamente individuales, representados por la protección que se dispensa a la intimidad y a la integridad consagrados en los art. 15 y 17 de la Constitución."

También se argumenta en su favor, el derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas en el ejercicio de sus derechos y protección de sus intereses legítimos, del artículo 24.1 de la CE. El párrafo 2.º del citado artículo

---

(1) En el mismo sentido se expresa FÁBREGA RUIZ FERNÁNDEZ en "Las pruebas biológicas de paternidad y los Tribunales de Justicia", *Revista General del Derecho,* Valencia, mayo, 1996, pág. 5059; asimismo, en "Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas", *Anuario de Derecho Civil,* Tomo LI, Fascículo II, abril-junio de 1998, págs. 659 y ss.

(2) En palabras de RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", *Poder Judicial,* 1992, número 25 de marzo de 1992, pág. 55, se señala que: "Mal puede aplicarse y llevarse a la realidad procesal aquel mandato constitucional si se obstaculiza el acceso a la prueba que permite conocer la realidad discutida y la verdad buscada con muchas mayores garantías de encontrarla y de acierto que ninguna otra de las manejadas hasta ahora, al tiempo que es una de las que conoce la ley procesal (prueba pericial). Todo ello, evidentemente, siempre que no se lleve a la práctica en forma irregular o se obtenga lesionando otros derechos igualmente protegidos."

garantiza a las personas el poder "utilizar los medios de pruebas pertinentes para su defensa" (3).

La constitucionalidad de estas pruebas biológicas también ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en los Autos n.º 103/1990, de 9 de marzo, n.º 221/1990, de 31 de mayo, y la Sentencia ya citada de 17 de enero 1994.

II. LA NEGATIVA AL SOMETIMIENTO A LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como ya se ha indicado, las pruebas biológicas influyen de manera inusitada en el convencimiento que alcanza el Juez sobre la paternidad/maternidad, dada la objetividad de los datos que las mismas proporcionan, ello lleva a que las partes implicadas en el proceso (4) puedan temer su práctica por la cercanía a la verdad, esta circunstancia contrasta con el hecho de que la práctica habitual de las pruebas biológicas precisa la colaboración de todas las partes afectadas, y el problema surge cuando alguno de los sujetos se niega a secundar, o bien entorpece, la práctica probatoria. El caso más frecuente es el del demandado y presunto padre; mas en opinión de RIVERO HERNÁNDEZ: "sería idéntico el supuesto en que sea otra parte procesal (por ejemplo la persona designada como otro concubente por el demandado)" (5).

1. LA COERCIÓN A LA PRUEBA BIOLÓGICA Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA DE LAS PERSONAS (ART. 15 DE LA CE)

1.1. El derecho a la integridad física

En nuestro ordenamiento la facultad de investigar libremente la paternidad, así como su libertad de prueba no implica para el afectado una obligación

---

(3) STC 114/1984, de 29 de noviembre, STS de 27 de junio de 1987, 14 de julio de 1988, 27 de junio y 14 de noviembre de 1987, 18 de marzo, 21 de mayo y 14 de junio de 1988.

(4) Esas personas que deben colaborar para la realización de las pruebas biológicas son, en la práctica, aquel cuya filiación es discutida, su madre y el presunto padre. Recientes avances en la tecnología biogenética permiten determinar la filiación sin contar con alguno de los presuntos (o conocidos) progenitores, con la sola ayuda de datos biogenéticos de abuelos y aun de tíos de la persona cuya filiación es desconocida o cuestionada. Véase BÄR-HARTMAN: *Rev., Suisse de jurisprudence,* 1985, págs. 365 y ss., citado por RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 56.

(5) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 57.

positiva expresa de colaborar en la consecución de estos principios. En consecuencia, no se puede imponer a las partes procesales ni a los terceros una extracción sanguínea a la fuerza ni que colaboren en la toma de muestras de su material genético (6). Debemos partir de que en nuestro ordenamiento jurídico, pese a algún intento prelegislativo (7), no se prevé sanción específica alguna para la conducta renuente de los litigantes, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos (8) en los que también impera el principio de libre investigación

---

(6) Como indica RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 58, la cuestión de que hoy en día no exista una norma que posibilite la imposición de la práctica de las pruebas biológicas, pertenece, indudablemente, al ámbito de la política jurídica, por lo cual "sería perfectamente posible en nuestro marco constitucional que una ley (orgánica que afectaría a los derechos de la persona) regulara la posibilidad de ser practicada coercitivamente e impuesta a los interesados la extracción de sangre u otro tipo de toma de datos o muestras (cabellos, saliva, por ejemplo) para la realización efectiva de aquella prueba; de la misma forma que una ley permite la privación de libertad de las personas en ciertos casos y con determinadas garantías, o se impone por motivos sanitarios ciertas vacunaciones obligatorias o medidas semejantes, y que no hay ningún derecho absoluto, ni siquiera los fundamentales que la Constitución protege". Citado por EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª A. en "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad II", *Revista de Derecho y Genoma Humano,* 3/1995, pág. 52.

(7) El número 33 de la base décima del Anteproyecto de Código Procesal Civil de 1970 establecía en su apartado 3.º "Sin perjuicio de los casos en que se establezca la obligación de someterse a las personas a la inspección corporal, cuando se haya propuesto prueba pericial para la que sea necesaria la inspección corporal de una parte, si ésta no acepta se lleve a cabo tal inspección, podrá el Juez deducir de su conducta los efectos perjudiciales que considere procedentes según las reglas de la sana crítica."

Por su parte, el artículo 767.4 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de diciembre de 1997 establece: "La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que la evidencia sobre la paternidad o maternidad no pueda obtenerse a través de otros medios probatorios."

(8) A tal circunstancia se refiere la STS de 6 de febrero de 1991, contrastando nuestra legislación con "lo que sucede en otros ordenamientos, donde unas veces la negativa injustificada a someterse a la inspección heredobiológica es sancionada con multa disciplinaria, y, caso de persistencia, se autoriza el recurso de los apremios directos, especialmente a la conducción a la fuerza, o bien se equipara la negativa a la confesión, o da lugar a la inversión de la carga de la prueba, o se faculta para extraer libremente argumentos de prueba de rechazo injustificados de la parte a consentir la inspección sobre la persona." Citado por EGUSQUIZA BALMASEDA en "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad II", ob. cit., pág. 52. RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas de paternidad y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 57, y CORDERO CUTILLAS: *La impugnación de la filiación matrimonial,* Universidad Jaume I de Castellón, pág. 91.

de la paternidad en los que se ofrecen opciones para paliar dicha conducta obstruccionista [9].

En nuestro sistema jurídico carecemos de norma concreta que permita imponer a las partes procesales o a un tercero (en opinión de RIVERO HERNÁNDEZ) el someterse a la prueba biológica. No hay ninguna duda de que no cabe imponer y someter a ningún ciudadano a la fuerza a la extracción o toma de otras muestras para la prueba biológica en procesos de filiación. En palabras de LLEDÓ YAGÜE [10], en defecto de norma legal que lo permita no puede obligarse a nadie por la fuerza al sometimiento coercitivo a las pruebas biológicas porque ello contravendría el respeto a la dignidad y personalidad del encausado, bienes jurídicos constitucionalmente protegido así como otros valores como la libertad o la privacidad.

Habrá que tener en cuenta como afirma QUESADA GONZÁLEZ que con las pruebas del ADN se obvian estos problemas, al no forzar físicamente a la persona a su extracción, pudiéndose llegar a los mismos resultados con el análi-

---

[9] Así, en la República Federal Alemana cabe la práctica forzosa en virtud del principio "Duldungspflich" (deber de sometimiento), que impone la obligación a las partes y terceros a tolerar todos los exámenes susceptibles de conducir al descubrimiento de la verdad biológica (art. 372 ZPO), mas sólo se puede recurrir a la fuerza tras repetidas negativas injustificadas del obligado a someterse a aquéllas. Igualmente *manu militari,* se obliga al desarrollo de pruebas biológicas, si media oposición improcedente, en las legislaciones de Dinamarca, Austria y algunos estados de los Estados Unidos. En este último país, los Estados Unidos, el tribunal está autorizado para ordenar de oficio o a instancia de parte el *blood test,* y si una de las partes rehúsa someterse a la prueba podrá sacarse conclusión en su contra. Opina RIVERO HERNÁNDEZ que es bastante más prudente y equilibrado el Ordenamiento suizo, tras su reforma del Derecho de filiación en 1976 (entrada en vigor a principios de 1998). En el Código Suizo las partes y terceros están obligados a prestar su concurso para la práctica de las pruebas necesarias para aclarar la filiación y que pueden serles razonablemente exigidas habida cuenta de su salud (art. 254.2). Según jurisprudencia reciente, la toma de sangre no puede ser rechazada por razón de la edad del niño o por motivos confesionales. El Juez aprecia libremente la negativa injustificada de una persona a someterse a estas pruebas y puede amenazar al recalcitrante con una multa (según el Derecho cantonal) o con una pena de desobediencia conforme al Código Penal. No está admitida la imposición por la fuerza. Quien rechace sin motivo legítimo el someterse a esa prueba responde de los perjuicios que de ello puedan derivarse a la parte a cuyo cargo corre la prueba. RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 57; EGUSQUIZA BALMASEDA: "El papel jurídicos de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad II", ob. cit., pág. 58; LLEDÓ YAGÜE: "La paternidad forzada a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994", *Revista de Derecho y Genoma Humano,* 2/1994, pág. 209.

[10] LLEDO YAGÜE: "La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994", ob. cit., pág. 208.

sis, por ejemplo, de un cabello, secreciones corporales, esperma, muestras de tejidos, etc. (11).

Hay prácticamente unanimidad doctrinal y numerosas Sentencias del Tribunal Supremo en este sentido: así las Sentencias de 27 de junio de 1987, 14 de noviembre de 1987, (12) 21 de mayo de 1998 que reconocen que: "(...) La investigación de la paternidad por medios biológicos que propicia el artículo 39.2 de la CE y establece por su consecuencia con el artículo 127 del CC, no puede ser impuesta obligatoriamente y contra su voluntad a ningún ciudadano, quien cuando se trata de análisis de sangre puede amparar su negativa a someterse a ella en los derechos a la protección de la intimidad y a la integridad física que le conceden los artículos 15 y 16 de la CE". La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada Sección tercera, en su resolución de 29 de noviembre de 1994 concluye diciendo: "que en la legislación vigente, tanto penal como procesal, no existe medida alguna que permita a los jueces obligar físicamente al litigante reticente a someterse por la fuerza a la extracción de sangre, debiéndose valorar esta negativa según las normas del Tribunal Supremo con un valor inestimable eficacia probatoria que debe ser complementada con otros elementos de prueba"; en contra de la resolución anterior la STC 7/1994 en su fundamento jurídico séptimo párrafo tercero afirma: "(...) que la legislación vigente tanto penal como procesal, proporciona al Juez los medios suficientes para actuar con esa diligencia que le exige el mandato constitucional y resulta imperante su utilización (...)".

En opinión de LLEDÓ YAGÜE esta remisión se refiere al delito de desobediencia a la autoridad judicial y a la detención o de conducción por la fuerza pública (13). Por otro lado, QUESADA GONZÁLEZ (14) y en la misma línea RIVERO HERNÁNDEZ entienden que el Tribunal Constitucional en esta sen-

---

(11) QUESADA GONZÁLEZ: "La pruebas biológicas a propósito del auto del Tribunal Constitucional 103/1990 de 9 de marzo", *Revista Jurídica de Catalunya;* Barcelona, 1993, Any XCII-Núm. 1, pág. 117 asimismo, del mismo autor, *Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 1991,* pág. 945, CORDERO CUTILLAS: *La impugnación de la paternidad matrimonial,* ob. cit., pág. 91.

(12) La STS de 14 de noviembre de 1987 establece que: "ciertamente, la inviolabilidad del cuerpo humano no permite que *manu militari* se extraiga sangre de una persona, como resulta del artículo 15 de la Constitución, pero parece exagerado hablar de esa inviolabilidad para cosa tan pequeña como un análisis de sangre, cuando de su actitud dependen derechos y situaciones tan importantes como conocer o denegar la cualidad de hijo extramatrimonial al hijo de la demandante."

(13) LLEDÓ YAGÜE: "La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994", ob. cit., pág. 208.

(14) QUESADA GONZÁLEZ: "De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994, Any XCIII-Núm. 3, pág. 680.

tencia ha pretendido legitimar la potestad del Juez de obligar a una parte a someterse a las pruebas biológicas, pudiendo incluso pedir la ayuda de las fuerzas de orden público si es necesario. Apoyan su postura en las propias expresiones utilizadas por el Tribunal Constitucional tales como: "práctica obligatoria", "obligación de soportarla", "obligado a posibilitar su práctica". En cambio entiende CHOCLÁN MONTALVO (15) que el Tribunal Constitucional, evita, al menos expresamente, pronunciarse sobre la posibilidad de que los órganos judiciales impongan forzosamente en resolución motivada la práctica de prueba biológica. Para este autor la ejecución forzosa de esta prueba llevaría la ilicitud de la invasión corporal y la consiguiente ineficacia de la misma a tenor del art. 11.1 de la LOPJ.

RIVERO HERNÁNDEZ (16) se cuestiona, pese a que la jurisprudencia y algunos autores hacen referencia al artículo 15 de la CE y al derecho a la integridad física, si el derecho a la integridad física para el caso de que se impusiera a la fuerza a una persona la toma de muestras de sangre, sería lesionado, por ser, dice, "ataque mínimo" (si realmente lo supone) al derecho sobre el propio cuerpo y la integridad de esa clase. Justifica la duda con el planteamiento hecho por la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su Decisión de 13 de octubre de 1989, en la que se señala que "una intervención tan banal como un examen de sangre no constituye injerencia prohibida por el art. 2.1 del Convenio Europeo", criterio que ha sido acogido por la STS de 14 de noviembre de 1987 ya citada y la del STC 103/1985, de 4 de octubre, (17) acoge esa

---

(15) CHOCLÁN MONTALVO, citado por QUESADA GONZÁLEZ: "De nuevo las pruebas biológicas...", ob. cit., pág. 116.

(16) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su colisión con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 58.

(17) El Tribunal Constitucional se había pronunciado sobre una cuestión próxima y prueba parecida, si bien en el orden penal, esto es en relación a la prueba de alcoholemia en procesos penales por delito contra la seguridad del tráfico, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 107/1985, de 7 de octubre; 103/1985, de 4 de octubre; 100/1985, de 3 de octubre; 145/1985, de 28 de octubre y 148/1985, de 30 de octubre. Puede verse el comentario de esas sentencias en LORENTE HURTADO: "La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional", *Poder Judicial,* número 1, marzo de 1986, págs. 59 y ss., citado por RIVERO HERNÁNDEZ: "Una nueva doctrina sobre la obligación de someterse a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero)", *Poder Judicial,* número 33, marzo de 1994, pág. 355. En dichas sentencias quedó descartada la pretendida inconstitucionalidad de la prueba de alcoholemia, y dijo el Tribunal Constitucional que "ni aun el examen de sangre constituye injerencia prohibida por el artículo 15 de la CE, cuando menos la investigación mediante aparatos de detección alcohólica de aire espirado" (S. 107/1985), y declaró la compatibilidad de esa prueba con los derechos a no declarar y a no declarar contra sí mismo que

argumentación y añade que si "ni aun el examen de sangre constituye una injerencia prohibida por el artículo 15 de la CE cuando menos la investigación mediante aparatos de detección alcohólica del aire espirado" por ello no parece que sea admisible considerarlo como un ataque al derecho sobre el propio cuerpo y la integridad y si fuera así desde luego la repercusión sería mínima. Opinión que comparto plenamente así como también lo hace LLEDÓ YAGÜE.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 7/1994, de 17 de enero, ha secundado estos planteamientos, añadiendo además que: "(...) el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonablemente por la Autoridad Judicial en el curso de un proceso (...)" (FJ 2.º). Ahora bien también reconoce que "las pruebas biológicas en la medida que conllevan a la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos."

Y añade: "En ningún caso puede disponerse por el Juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para la salud. En cualquier caso la ejecución de tales intervenciones corporales se habrán de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos."

El Fundamento Jurídico 3.º de la citada sentencia y en relación al punto analizado comienza su razonamiento con esta afirmación: "(...) el aspecto deci-

---

reconoce el artículo 24 de la CE, acogiendo el argumento del Ministerio Fiscal que cita la Decisión de 13 de octubre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en la que se afirma que una intervención tan banal como un examen de sangre no constituye injerencia prohibida por el artículo 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (relativo al derecho a la integridad física de la persona) (S. 103/1985), aunque indirectamente dejó también sentado que "nadie puede ser coercitivamente compelido a la verificación de este tipo de análisis" (S. 107/1985). En sentido parecido la STS de 25 de mayo de 1987, en esta sentencia invocando la del Tribunal Constitucional 107/1985, dice de las pruebas biológicas: "las pruebas de medios técnicos no atentan contra los derechos de las personas, puesto que realizándolas no se hace más que tolerar una modalidad especial de pericia, que, como se indica en dichas sentencias del Tribunal Constitucional, la Comisión Europea de Derechos Humanos entiende no constituye una ingerencia prohibida por el artículo 15 de la Constitución española, en tanto puede dar un resultado tanto favorable como desfavorable, constituye una intromisión en el derecho al respecto de la vida privada plenamente justificada como necesaria en la protección de los derechos y libertades del prójimo."

sivo no es, a la luz de esta jurisprudencia constitucional, el sometimiento del varón a la práctica de la prueba biológica; lo decisivo es el sometimiento a la resolución judicial que acuerda la realización de dicha prueba."

También establece la mentada sentencia los requisitos que debe reunir la resolución judicial que ordena practicar la prueba para no vulnerar los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad:

a) Primero, consistir en una intromisión en el ámbito protegido del ciudadano que no sea por sí sola inaceptable. La STC 37/1989 (FFJJ 7.º y 8.º *in fine*) razona que: "es indudable que no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, *per se,* una injerencia prohibida. La extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1987 no constituye, según sano criterio, violación del pudor o recato de una persona."

RIVERO HERNÁNDEZ señala que no es degradante ni contrario a la dignidad humana la práctica de la prueba biológica, para la que la única colaboración que se requiere del afectado es que ofrezca su brazo para la extracción de unos centímetros cúbicos de sangre. Indica que le parece no serio que se puedan manejar esas palabras ("degradantes", "contrario a la dignidad humana") a la hora de valorar tan sencillo acto. Añade que apelar a tales ideas le parece irrazonable, casi risible [18].

Cabría preguntarnos si se llegaría a idéntica solución en caso del que niega esas gotas de sangre, en el supuesto de manejar un cabello suyo para la prueba biológica, pues en su raíz hay células vivas y datos suficientes para la prueba según la técnica del ADN.

RIVERO HERNÁNDEZ [19] opina que no podría hacerse contra su voluntad sin riesgo de caer en la llamada prueba ilícita, indicando que no se pueden obtener ni emplear sin el consentimiento de la persona a la que pertenecen; en tal caso no podrá ser tomada en consideración por el Tribunal y dicha prueba devendrá procesalmente ineficaz. En contra de dicha opinión se muestra

---

(18) RIVERO HERNÁNDEZ: "Una nueva doctrina sobre la obligación de someterse a la prueba biológica en los procesos de filiación", ob. cit., pág. 365.

(19) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su colisión con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 61.

QUESADA GONZÁLEZ [20], e indica que podrían verificarse incluso aunque el afectado no prestase su consentimiento, y que ello no supondría violar el derecho a la intimidad y, respecto a su conversión en prueba ilícita, argumenta que al igual que se aportan otras pruebas al proceso como fotos, cartas, etc., también debería admitirse la prueba del ADN sin el consentimiento del interesado por no ser imprescindible su cooperación personal, siempre que se realizara con las oportunas garantías y a partir de material del que esté en posesión el interesado en su práctica sin haber forzado a nadie ni conculcado derecho alguno.

No comparto la postura mantenida por QUESADA GONZÁLEZ puesto que a otras pruebas que se puedan aportar al proceso, como cartas o fotos como indica, no son pruebas concluyentes como la del ADN y entiendo que el material que pudiera aportar la parte interesada para su análisis sería impugnado por la parte que se niega a su práctica, alegando que no le pertenece y dicha prueba sería ineficaz. Estimo que sería más oportuno una regulación que permitiera poder tomar la muestra aun sin el consentimiento del afectado, pero siempre en presencia judicial y del Secretario que daría fe de que dicho material pertenece a aquella persona y en presencia también de los abogados de las partes en su caso, pues sin proceder a la coacción ni a la fuerza se podría tomar como muestra algún cabello que se haya desprendido. Sin embargo, entiendo que la prueba sería admisible para el supuesto incluso de que un familiar lejano, de la persona renuente prestara el material necesario para proceder al análisis aun sin el consentimiento de aquél.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989 había dicho que no puede entenderse la intromisión en la intimidad personal de aquellas actuaciones que no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona y no lo es, ciertamente, entre personas psíquicamente sanas el presentar un brazo desnudo para el pinchazo y la extracción de sangre; y el Auto del Tribunal Constitucional de 31 de mayo establece que "tampoco infringe el derecho a la integridad física cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada por autoridad judicial".

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en términos semejantes en Sentencia de 14 de noviembre de 1987 al decir que: "parece exagerado hablar de esa inviolabilidad (del cuerpo humano) para cosa tan pequeña como un análisis de sangre, cuando de su actitud dependen derechos y situaciones tan importantes como conocer o denegar la cualidad de hijo", y la Sentencia de 21 de mayo de 1988 al señalar que: "(...) las pruebas de medios técnicos no atentan contra los

---

[20] QUESADA GONZÁLEZ: "Las pruebas biológicas a propósito del auto del Tribunal Constitucional 103/1990, de 9 de marzo", ob. cit., pág. 122.

derechos de las personas, puesto que realizándolas no se hace más que tolerar una modalidad especial de pericia."

b) En segundo lugar, debe existir una causa prevista por la ley que justifique la medida judicial de injerencia. Citándose como tal justificación legal los artículos 127 del CC, y 39.2 (que conecta con el artículo 14) y 39.3 de la CE. Así, dice el FJ 3.º, B) de la STC 7/1994, de 17 de enero: "En este caso no solamente el artículo 127 del CC da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación de la filiación; dicho precepto no es más que la instrumentación de un terminante mandato constitucional. El artículo 10.2 de la CE declara que 'la ley posibilitará la investigación de la paternidad' e inscribe esta prescripción en la idea de 'protección de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación', lo cual conecta directamente con el artículo 14 en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento. Y, por añadidura, la Constitución establece directamente un deber: 'los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio' (art. 39.3 de la CE). La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral (...)". Así pues, concluye diciendo: "(...) las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente fines constitucionales, y la interpretación de las leyes que rige esta materia debe realizarla en el sentido que mejor procuren el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida."

QUESADA GONZÁLEZ [21] opina que ese derecho primario del hijo a que se declare su filiación biológica al que alude expresamente el Tribunal Constitucional es susceptible de ser elevado a la categoría de derecho de la personalidad con fundamento en el art. 10 de la CE, con la consecuencia de que entonces con más claridad todavía, en la ponderación e intereses en juego debe estimarse más valioso el derecho de la persona que anhela saber quién es su padre —entre otras cosas porque nadie es consultado sobre si desea venir a este mundo, debiendo responder de ello el hombre y la mujer que le dieron la vida— que los del individuo que no se presta a las pruebas biológicas, sin razón alguna que justifique su negativa.

c) En tercer lugar, las pruebas biológicas, en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal forma

---

[21] QUESADA GONZÁLEZ: "De nuevo las pruebas biológicas. A propósito de la Sentencia del Tribinal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", ob. cit., págs. 102 y 112.

que cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos no está autorizado el órgano judicial para disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos.

El Tribunal Constitucional, no ignorando que la prueba biológica comporta una intervención corporal molesta y enojosa y una injerencia en el ámbito de lo privado que deben ser evitadas en la medida de lo posible, legitima la práctica obligatoria de las pruebas biológicas como un remedio al que acudir *in extremis,* cuando sea indispensable su práctica. De manera que sólo será posible efectuar inspecciones médico-biológicas forzosas cuando tengan una importancia decisiva y sean una prueba necesaria para el esclarecimiento de la filiación, lo que exclusivamente puede afirmarse cuando tras haber agotado todos los medios de prueba disponibles la cuestión de la filiación no se haya resuelto y sólo la práctica de pruebas biológicas parece que posibilitarían la aclaración. En opinión de RIVERO HERNÁNDEZ (22) el razonamiento del Tribunal Constitucional es impecable a este respecto: si la demostración de la paternidad puede obtenerse por medios de prueba menos lesivos que la pericial biológica, el Tribunal no puede disponer la práctica obligatoria de ésta. Se trata de la proporcionalidad de los medios en relación con los fines perseguidos (principio constitucional y jurisprudencial reconocido).

d) "En ningún caso puede disponerse por el Juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para la salud. En cualquier caso la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos."

Dos cuestiones plantea este requisito:

1.ª La prohibición de que se verifiquen las pruebas cuando puedan suponer un grave riesgo o quebranto para la salud del que ha de soportarlas; en este supuesto el afectado podría oponerse a su práctica y tal negativa es razonable y justificada e impide al juzgador el imponerla.

QUESADA GONZÁLEZ (23) se cuestiona si dicha prohibición sólo opera cuando el sujeto corre un grave riesgo para la salud o si también puede operar

---

(22) RIVERO HERNÁNDEZ: "Una nueva doctrina sobre la obligación de someterse a la prueba biológica en los procesos de filiación", ob. cit., pág. 372.

(23) QUESADA GONZÁLEZ: "De nuevo las pruebas biológicas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", ob. cit., pág. 666.

cuando concurran otro tipo de causas graves. Afirma que el Tribunal Constitucional no excluye deliberadamente otras causas y así lo entiende también RIVERO HERNÁNDEZ [24] aunque sin duda la que menciona es la más importante.

Así, el Tribunal Constitucional en Sentencia de 14 de noviembre de 1987 ha considerado que no se justifica una negativa a someterse a las pruebas biológicas por pertenecer a la Asociación de los Testigos Cristianos de Jehová, ya que al parecer tal Asociación no prohíbe a sus afiliados permitir análisis de sangre, lo que deja al arbitrio de cada uno según su conciencia [25], ni por temer un posible contagio de sida o hemofilia (STS 23 de septiembre de 1988). Ahora bien, RIVERO HERNÁNDEZ apunta que no hay que descartar la posibilidad de que existan otras religiones o creencias que sí lo prohíban y se aprecie esta objeción como causa justificada para no ordenar e imponer la prueba biológica [26]. Hay que apuntar que en Alemania el posible perjuicio para la salud es prácticamente la única causa razonable que vienen admitiendo los Tribunales de este país para estimar justificada la negativa a someterse a la práctica forzosa de las pruebas biológicas [27].

---

(24) RIVERO HERNÁNDEZ: "Una nueva doctrina sobre la obligación de someterse a la prueba biológica en los procesos de filiación", ob. cit., pág. 373.

(25) En dicho pleito todo parece indicar que la alegación del demandado no ofrecía demasiada seriedad, pues la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1987 añade que "tal actitud del demandado infunde vehementemente sospecha de una falta de sinceridad (...)".

(26) RIVERO HERNÁNDEZ: "Una nueva doctrina sobre la obligación de someterse a la prueba biológica en los procesos de filiación", ob. cit., pág. 373.

(27) En alguna resolución del Derecho alemán se apreció que no existía ninguna posibilidad de practicar pruebas biológicas porque una extracción de sangre representaría para el demandado una serie de trastornos psíquicos que podrían provocar daños graves para la salud, lo que se desprendía de varios dictámenes médicos. Se estimó además, que también se tenía que rechazar un análisis de ADN, porque produciría el mismo efecto en el demandado que se negaba a proporcionar saliva o raíces capilares para su práctica. No se ha admitido como negativa razonable a someterse a las pruebas biológicas, en casos recientes, la posibilidad de descubrir que el hijo que reclama su filiación paterna es fruto de un incesto, aun pudiendo esto comportar consecuencias penales para el demandado, padre de la madre del demandante. Tampoco admite la doctrina alemana como causas que justifican la negativa a someterse a las pruebas biológicas la posible ruptura del matrimonio del varón al que se han de practicar. Citado por QUESADA GONZÁLEZ: "De nuevo las pruebas biológicas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", ob. cit., pág. 103.

Sigue cuestionándose sobre qué pruebas debería resolver el tribunal en el supuesto de que la causa alegada por el que tuviera que someterse a la prueba biológica estuviera justificada [28].

QUESADA GONZÁLEZ manifiesta que caben *a priori* tres posibilidades:

1.ª) No declarar la paternidad por falta de prueba seria y convincente, si la enfermedad o dolencia causante de la mala salud es incurable.

2.ª) Suspender el procedimiento hasta que quien debe someterse a la prueba biológica recupere la salud, si ello es factible, para exigirle entonces que la soporte [29].

3.ª) Declarar la paternidad si el Juez cree que las otras pruebas son lo bastante persuasivas como para poder considerar cierta la paternidad con fundamento en ellas. Si bien entiende que esta última no sería posible, ya que la práctica de la prueba biológica sólo se va a solicitar en caso de necesidad, si la paternidad no pudiera basarse de modo convincente en otros pruebas, como así lo ha señalado la STC de 17 de enero de 1994.

CORDERO CUTILLAS [30] apunta que sólo la segunda solución resulta convincente.

Entiende que sería conveniente suspender el procedimiento, en tanto la enfermedad alegada desaparezca o tienda a desparecer. A la misma solución se ha llegado por el algún Tribunal alemán como se ha apuntado anteriormente. En mi opinión esta solución estaría avalada por el artículo 10.4 de la LEC que establece: "(...) las partes podrán solicitar la suspensión del proceso que será acordado mediante auto por el tribunal, siempre que no perjudique el interés general o a tercero y que el plazo de suspensión no supere los sesenta días", si bien hay que indicar que este plazo de sesenta días que establece la ley podría

---

(28) QUESADA GONZÁLEZ: "De nuevo las pruebas biológicas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", ob. cit., pág. 104.

(29) A esta solución se llegó por un Tribunal alemán que apreció que aunque se había demostrado que a la afectada podía causarle importantes daños psíquicos la práctica de pruebas biológicas por su gran temor al pinchazo (necesario) para la extracción de sangre, dado que padecía una Srpitzen-Phobia, como ésta podía ser tratada y curada, cabía postergar a un momento ulterior la práctica de aquellas pruebas. Cita hecha por QUESADA GONZÁLEZ, "De nuevo las pruebas biológicas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", ob. cit., pág. 104.

(30) CORDERO CUTILLAS: *La impugnación de la paternidad matrimonial,* ob. cit., pág. 94.

ser ampliado por el Juez para el supuesto de que se prevea a la vista de los informes médicos que se aporten a autos que la enfermedad va a persistir más de sesenta días.

Y en cuanto a la primera, declarar al marido padre de una criatura que él no ha concebido cuando ni siquiera desea actuar como padre la considera desechable, y declarar la no paternidad del marido le parece la más razonable si hay otras pruebas que induzcan a ello aunque no fueran del todo persuasivas. Sigue diciendo la citada autora que no hay ninguna prueba que, *per se,* declare de modo evidente e inequívoco la ausencia de la paternidad, salvo en ausencia de un test biológico bien realizado, una vasectomía irreversible o la ausencia de cohabitación entre los cónyuges bien demostrada por prueba que resuelve dicha ausencia, como el encarcelamiento del marido o una distancia que impida un contacto entre ellos. Todas las demás pruebas que en un proceso se puedan presentar, como la confesión realizada por la madre manifestando que su marido no es el padre del niño concebido por ella, la ausencia de posesión de estado e incluso la cohabitación de la madre con otros hombres no son más que indicios que permiten deducir que la demanda presentada se encuentra fundada mediante ese principio de prueba exigido en el párrafo 1.º del art. 767 de la LEC, pero no significa que no sea el padre en realidad. Por ello, si el test no se realizara, aunque fuere justificado por una grave dolencia, supondría ratificar lo que la realidad extrarregistral establece, es decir, afirmar la paternidad de quien alega no ser el padre. Y además, ya no podrá interponer la demanda de impugnación con posterioridad según lo establecido en el artículo 764.2 de la LEC que dice: "Los Tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida también por sentencia firme. Si la existencia de dicha sentencia firme se acreditara una vez iniciado el proceso, el tribunal procederá de plano al archivo de éste."

En mi opinión este requisito exigido por el Tribunal Constitucional no debe admitirse habida cuenta de que dentro de la variad de las pruebas biológicas existen las de ADN que no precisan de extracción de sangre, ya que como es sabido con una muestra de saliva o con la raíz de un cabello se pueden practicar, y llegados a un último extremo dicha muestra podría ser válida si es tomada de un familiar lejano por lo que considero inadmisible que una grave dolencia pueda justificar la exclusión de la prueba más fiable, máxime teniendo en cuenta los avances de la tecnología, y en concreto las pruebas de ADN. Entiendo que el Tribunal en estos supuestos, y alegada la grave dolencia, debería de oficio acordar la prácticas de las pruebas biológicas de ADN, para así llegar a la verdad y conseguir la certeza de la naturaleza genésica del probable progenitor real.

2.ª En cuanto al lugar de realización de la prueba biológica.

Dice la Sentencia del TC con ocasión de este requisito: "(...) en cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos".

En opinión de RIVERO HERNÁNDEZ se trata de una frase sorprendente, incluso innecesaria y susceptible de alguna seria objeción (31). Manifiesta el citado autor que no se comprende bien esa referencia a quién y dónde deba practicarse una prueba pericial (la biológica) cuando ni siquiera la ley procesal civil que la regula dice tanto; que *prima facie* pudiera parecer que pretende dar ciertas garantías técnicas y de seguridades sanitarias a la persona que deba someterse a la prueba y sigue diciendo que la alusión que hace a "personal sanitario" le parece tan inocua como "de cajón"; apenas se imagina que otra persona haga la extracción de sangre para esa prueba y se pregunta a sí mismo, ¿qué calificación profesional debe tener ese personal sanitario? y ¿qué consecuencias se derivarían si tal extracción la efectúa un "no sanitario"?.

QUESADA GONZÁLEZ indica igualmente que no le parece acertada la expresión utilizada por el Tribunal Constitucional (32).

En mi opinión el Tribunal lo que hace con dicha expresión es ofrecer ciertas garantías a la persona que ha de someterse a ellas y no hay que buscar otras interpretaciones que la expuesta, puesto que difícilmente se va a proceder a la extracción por personal no sanitario.

Téngase en cuenta, y la práctica forense así lo demuestra, que para proceder a la práctica de una prueba de ADN mediante extracción de sangre (en una causa penal) el médico forense tuvo que trasladarse a un centro sanitario público para proceder a la extracción, hecho motivado porque la clínica médico-forense del Juzgado no disponía de los medios esenciales (jeringuillas) para proceder a la extracción, por lo que ante tal situación, el médico forense asistido del Secretario Judicial, para dar fe de los hechos y cuidar de las garantías procesales debidas, junto con el acusado (me estoy refiriendo a un procedimiento penal), el abogado de éste, y, en su caso, también podría haber asistido el Ministerio Fiscal, el cual fue debidamente citado por el Juzgado (pero se excusó de su asistencia), así como la acusación particular, se procedió a la extracción

(31) RIVERO HERNÁNDEZ: "Una nueva doctrina sobre la obligación de someterse a la prueba biológica en los procesos de filiación", ob. cit., pág. 374.

(32) QUESADA GONZÁLEZ: "De nuevo las pruebas biológicas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", ob. cit., pág. 105.

de la muestra en un centro ambulatorio por un ATS, y en presencia de todas las partes se procedió al debido precinto de las muestras e introducción en el correspondiente recipiente apto para proceder al traslado de las mismas hasta el centro donde se iba a practicar la prueba. Levantándose la correspondiente acta que fue firmada por todos los asistentes al acto.

Entiendo que sería útil y muy conveniente trasladar esta práctica a la jurisdicción civil, si bien he de apuntar que no es así, puesto que se remite la correspondiente solicitud de cooperación judicial a los Juzgados donde se encuentran ubicados los centros donde se practican estas pruebas (en nuestro caso al Centro de Transfusiones de la Comunidad Valenciana) y desde allí los Juzgados se ocupan de efectuar las correspondientes citaciones para que se personen en los centros donde se va a practicar la prueba. En dichos centros deberán comparecer las partes debidamente acreditadas y además es práctica habitual que se cite a las personas de las cuales se tienen que tomar las muestras para el mismo día y a la misma hora con los consiguientes problemas que esto conlleva habida cuenta de que en muchos casos las negativas a la práctica se producen por este motivo, por no querer confrontarse personas que se encuentran involucradas en un pleito de este tipo.

Incluso se ha llegado más lejos en alguna ocasión en la que se había adoptado medida de alejamiento respecto del padre que reclama la filiación, la madre y la presunta hija. La madre se negó a acudir al centro donde se iba a practicar la prueba por el temor que siente hacia aquél, teniendo que solicitar del Juzgado que se adoptasen las medidas oportunas en el Centro de Transfusiones a fin de que se procediera a la práctica de la prueba por separado. A la misma solución se debería llegar para el supuesto de que fuera el padre quien alegara como causa de su negativa la resolución que le prohíbe acercarse a la madre y a la presunta hija, si bien entiendo que en ninguno de los supuestos debería estimarse como justificada la negativa a la práctica de la prueba.

Por todos estos problemas y por otros muchos que de hecho se dan, a la hora de practicar esta prueba sería aconsejable la toma de muestras en las Clínicas Médico-Forenses existentes en los Juzgados, siempre que se dotara a las mismas de los medios necesarios, en las forma expuesta anteriormente. De esta manera sería más fácil la práctica de las citaciones, los abogados podrían controlar mejor si éstas se realizan con arreglo a las normas previstas en la LEC, ya que, si bien esta labor compete al Secretario Judicial de los Juzgados, no estaría de más que la parte interesada en que se practique la prueba lo hiciera, pudiendo así evitar que en su día se alegara que la citación no se ha efectuado en forma, y, caso de advertirse una posible irregularidad se advirtiera al Juzgado para que se procediera a declarar nula la citación y procederse a la práctica de una nueva.

En segundo lugar, la alusión a "centros hospitalarios públicos", en opinión de QUESADA GONZÁLEZ [33] es todavía más censurable y entiende que no habría que impedir que tal investigación se lleve a cabo en centros privados bien equipados y preparados para hacer los análisis y que entender lo contrario sería ir muy lejos. En la misma línea RIVERO HERNÁNDEZ, al entender que es natural que se exija para la "intervención corporal" y el estudio o prueba técnico-biológica que se realice en un centro serio, especializado y de prestigio, entendiendo que podrán realizarse en un centro privado cuando es conocido que hay clínicas y hospitales privados con laboratorios hematológicos y de análisis de histocompatibilidad que pueden hacer y realizan efectivamente pruebas de este género (para transfusiones y trasplantes de órganos) y de mayor complejidad.

En mi opinión lo que está exigiendo el Tribunal al igual que hace al referirse al "personal sanitario" es la exigencia de la práctica de la prueba en un centro —ya sea público o privado— de altura científica, solvencia técnica y preparación y seriedad profesional y ética tanto de la entidad como de las personas que realicen estas pruebas, siendo posteriormente valoradas por el Juez estas circunstancias según las reglas de la sana crítica para lo cual deberá tener en cuenta quién y dónde se practicaron. Comparto la opinión de QUESADA GONZÁLEZ en el sentido de que lo mejor es hacer una interpretación de esas menciones del Tribunal Constitucional que no desvirtúe lo que sin duda quiso expresar tan Alto Tribunal.

E) "Por último, la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989, FFJJ 3.º y 8.3 a 5). Ponderación que debe plasmarse en la motivación de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial."

Lo que se está exigiendo es que se guarde una adecuada proporción entre la intromisión que supone en la intimidad e integridad física la práctica de las pruebas biológicas y el resultado que se pretende obtener con ellas.

Indica RIVERO HERNÁNDEZ que el Tribunal Constitucional [34] se está refiriendo a la proporcionalidad de los sacrificios en la limitación de un derecho fundamental y que a ello se ha referido desde la primera hora el Tribunal Cons-

---

(33) QUESADA GONZÁLEZ: "De nuevo las pruebas biológicas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", ob. cit., pág. 105.

(34) Véase el comentario en RIVERO HERNÁNDEZ: "Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica", ob. cit., pág. 375.

titucional; así lo ha hecho en las SS 26/1981, 13/1985 y 31 de enero de 1985 (35) y lo reitera la Sentencia 37/1989, de 15 de febrero, respecto del derecho a la intimidad en relación con cierto reconocimiento médico. La Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994 lo denuncia de otra forma ("proporción entre la intromisión y la finalidad a la que sirve") pero con idéntico sentido y alcance.

2.ª) Motivación judicial de la necesidad de la limitación del derecho fundamental o de la intromisión en el mismo. Se exige tal motivación no sólo para justificar la adecuación a la legalidad de la intromisión acordada, sino para que pueda ser conocida por el afectado la razón que la avala y se puedan controlar, en su caso, los motivos que justificaron, a juicio de órgano judicial, el sacrificio de un derecho en aras de otros o de un interés publico. El control de la justificación de la intromisión y de la proporcionalidad del sacrificio compete al Tribunal Constitucional, en cada caso concreto y con ocasión del recurso de amparo.

A la exigencia de tal motivación ya se refería la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre, y lo han reiterado otras como la ya mencionada de 31 de enero de 1985, así como lo reproduce la Sentencia 37/1989 que es citada por la STC que estamos comentado.

En este punto hay que indicar que el derogado artículo 612 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 establecía que, interpuesta prueba pericial, de su solicitud se dará traslado a la parte o partes contrarias para que manifiesten lo que estimen oportuno sobre la pertinencia o no, y el también derogado artículo 612 establecía que el Juez resolverá lo que estime oportuno sobre la admisión o no de dicha prueba. La resolución que adopte en uno u otro caso revestirá la forma de Auto. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 206.2 establece que las resoluciones judiciales, entre otros casos, adoptarán la forma de Auto cuando se resuelva sobre la admisión o inadmisión de las pruebas; por ello la resolución que adopte el Juez tanto admitiendo como denegando la

(35) La STC de 31 de enero de 1985 establece: "Como se dijo en la S 62/1982, de 15 de octubre, toda resolución judicial que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, añadiéndose (FJ 5.º) que las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido (...) no puede entenderse como fundada en Derecho una resolución que no considera mínimamente la entidad efectiva del objeto cuya libre difusión se coarta. La apreciación de la necesidad de la limitación de un derecho fundamental [el art. 20.1.d) de la CE] y el cálculo consiguiente de la proporcionalidad de la medida adoptada no pudieron ser enunciados en la mente del Juez a falta de examen, ni siquiera mínimo, del objeto sobre el que recayó su prohibición, que constituye así una ablación del derecho a comunicar y a recibir información del artículo 201.d) de la CE, así como también un acto contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3)." Citado por RIVERO HERNÁNDEZ en "Una nueva doctrina sobre la obligación de someterse a la prueba biológica en los procesos de filiación", ob. cit., pág. 375.

práctica de la prueba biológica deberá adoptar siempre la forma de Auto, resolución que debe ser siempre motivada, si bien hay que indicar que el Juez, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 339.5 de la LEC (esto es, la designación de oficio de perito), o bien a través de la prevista en el artículo 429 de la LEC, en el acto del juicio y de forma oral decidirá sobre la admisión o no de la prueba. Sería conveniente que el Juez dictara resolución aparte, esto es, un Auto acordando o denegando la prueba. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no establece expresamente que la admisión o no de la prueba pericial deberá revestir la forma de Auto como sí lo hacía el derogado artículo 612, pero así deberá hacerse por aplicación del artículo 206.2. No cabe duda de que en caso de acordarse su práctica como diligencias finales deberá adoptar dicha forma por aplicación del artículo 435.2 de la LEC, pues así se establece expresamente.

LLEDÓ YAGÜE [36], quien tilda de revolucionaria a la Sentencia del TC, manifiesta no estar de acuerdo con el fallo del Tribunal Constitucional, porque desconoce la doctrina que ha sido unánime al considerar que en defecto de disposición legal que lo permita, no puede imponerse a nadie por la fuerza ni puede ser físicamente obligada a la "toma de muestras de sangre" (S de 14 de noviembre de 1987). Hay en este sentido acuerdo doctrinal en entender que ciertamente la inviolabilidad del cuerpo humano no permite que *manu militari* se extraiga sangre a una persona como resulta del art. 15 de la CE. Indica así mismo que el fallo de la sentencia desconoce los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la libertad personal.

1.2. La coerción a la prueba biológica

Se ha planteado por la doctrina [37] que, en realidad, el derecho que puede resultar lesionado no es tanto el de la integridad física, por la levedad de la "agresión corporal" (tan desproporcionada con los fines y función de la prueba), y la banalidad de la intervención sobre la persona (objeto de la prueba), cuanto su libertad moral, porque, en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ, para la toma de muestras de sangre y datos habría de verse sometida la persona contra su voluntad, sujeta por algún tipo de fuerza exterior, lo que es contrario a la dignidad de la persona, quedándose así lesionado el derecho a la libertad personal del artículo 171 de la CE. En el mismo sentido se expresa EGUSQUI-

---

(36) LLEDÓ YAGÜE: "La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994", ob. cit., pág. 206.

(37) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 59.

ZA BALMASEDA [38], ya que al individuo le asiste el derecho a oponerse a la ejecución de todo aquello que no venga directamente impuesto o le sea exigible por ley, y realizar con responsabilidad todo lo que no está directa o indirectamente prohibido, no habiendo en nuestro Ordenamiento jurídico una norma específica que obligue a cualquier persona a someterse a aquellas pruebas; su imposición por la fuerza habrá de entenderse como un atentado a libertad individual pues eso es toda coerción física o moral a un *facere* o un *pati* no amparada por norma legal suficiente. Así lo ha visto también la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión de 13 de diciembre de 1979 cuando dice que "la ejecución forzosa de un examen de sangre constituye una privación de libertad individual en el caso de que dicha privación sea de corta duración" [39].

En el Derecho comparado nos encontramos con algún país que en su legislación faculta al Juez para ordenar la *inspectio corporis.* La Ley alemana establece la obligación para toda persona, ya sea parte o tercero sobre los que existan indicios que hagan presumir la existencia de una relación sexual entre éste y la madre durante el período legal de la concepción, de someterse a la prueba biológica en los procesos relativos a la filiación si dicha prueba permite un esclarecimiento de la situación y no comporta perjuicio para la salud de la persona. Si el sujeto se niega el Juez puede ordenar la práctica de la prueba trayéndolo ante el experto a la fuerza.

En Francia, Italia, Suiza, entre otros, el Juez puede acordar la práctica de la prueba, como en España, pero carece de autoridad para imponerla.

La jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional siempre se ha manifestado contraria a la imposición de la práctica de la prueba, defendiendo la libertad del individuo incondicionalmente. El Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de noviembre de 1987 se pronuncia expresamente: "Ciertamente la inviolabilidad del cuerpo humano no permite que *manu militari* se extraiga la sangre a una persona".

Así en la STS de 21 de mayo 1988 se afirma: "(...) que no puede ser impuesta contra su voluntad a ningún ciudadano", la de 24 de mayo de 1991 señala: "(...) resulta claro que la posibilidad de poder practicar las referidas pruebas biológicas depende del sometimiento que la persona afectada efectúe, pues el superior principio de la libertad individual impide emplear cualquier tipo de fuerza o coacción para obtener las muestras de sangre; el juzgador podrá deducir de esta negativa las consecuencias legales que procedan, pero jurídica-

---

(38) EGUSQUIZA BALMASEDA: "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (II)", ob. cit., pág. 59.

(39) Citado por RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación", ob. cit., pág. 59.

mente resulta imposible obligar coactivamente a una persona a someterse a tales operaciones." En igual sentido la STC 107/1985, si bien esta última referida a la prueba de alcoholemia y al proceso penal, cuando resolviendo acerca del artículo 17.3 como vulnerado dice que: "(...) porque cuestión es ya diferente, de que nadie puede ser coercitivamente compelido, con *vis* física, a la verificación de este tipo de análisis". En opinión de RIVERO HERNÁNDEZ esta afirmación, si bien vertida en el ámbito jurisdiccional penal es extensiva y aplicable al nuestro. Como es sabido, ante la actitud renuente del sujeto a la práctica de la prueba de alcoholemia, no cabe más que advertirle que dicha negativa podrá ser constitutiva de un delito de desobediencia a la autoridad judicial y se incoará contra él correspondiente proceso penal; trasladado al ámbito de la jurisdicción civil, ante la negativa a la práctica de la prueba biológica no cabría más que advertirle de las consecuencias de dicha negativa y la posibilidad de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial; caso de incoarse, la única consecuencia procesal que tendría es la paralización del procedimiento civil si se alegara la prejudicialidad penal.

La obtención de una prueba contra la voluntad del sujeto, con *vis* coercitiva, conlleva que deba ser calificada como prueba "ilícitamente obtenida o practicada", lo que conlleva a su total ineficacia. Dice el art. 11.1 de la LOPJ: "No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales". En la práctica lo que ocurriría es que el Juez no debe admitirlas si le consta su ilicitud; y si ésta aparece con posterioridad a su admisión y constancia en el proceso, no deberá tomarlas en consideración a la hora de decidir sobre la cuestión litigiosa. La aceptación por el Tribunal de una prueba así obtenida supondrá, como señaló la STC 112/1984, la "nulidad radical", la vulneración de las garantías procesales constitucionalizadas en el artículo 24.2 y del principio de igualdad procesal que se deriva del artículo 14 CE; la prueba pierde así su "pertinencia" y se abre por esa vía el amparo constitucional [40]. Sugieren algunos autores que para tener la seguridad de que la prueba ilícitamente obtenida no va a influir en la decisión del proceso deberá permitirse la recusación del Juez ante el que se haya practicado aquélla o su separación del proceso. Se invoca por aplicación analógica del artículo 219.10.º de la LOPJ [41].

---

(40) EGUSQUIZA BALMASEDA: "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (II)" ob. cit., pág. 60; y RIVERO HERNÁNDEZ, "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 72.

(41) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 72.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, establece: "La investigación de la paternidad no puede imponerse obligatoriamente, en cuanto al sometimiento de las pruebas biológicas, porque ello quizás vulneraría el artículo 10.1 de la CE" (FJ 5.º).

LLEDÓ YAGÜE [42] opina, en contra de lo que la sentencia comentada expone, en cuanto al sometimiento a la práctica de pruebas biológicas es una obligación *ex lege* para el encausado que puede exigírsele coactivamente para lo cual el juez deberá desplegar una actividad coercitiva para compeler al encausado *manu militari.* Opina que no es obligación que pudiera compulsivamente exigirse de un mandato judicial, ya que dicha norma legal que en tal sentido existiere (obviamente con rango de ley orgánica) devendría inconstitucional porque transgrediría el artículo 17 de la Carta Magna, referido aquél a la incolumidad personal y a la intangibilidad de la integridad personal (art. 15 de la CE); asimismo se contraviene el derecho a la integridad del sujeto y además estaríamos infringiendo el art. 11. 1 de la LOPJ ya que en "todo procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe, no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentado los derechos o libertades fundamentales."

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA (ART. 16.1 DE LA CE)

Como manifestación del derecho a la liberad individual nos encontramos con el derecho a la libertad religiosa que garantiza el art. 16.1 de la CE.

En opinión de RIVERO HERNÁNDEZ [43] cabría aducir este derecho como causa suficiente para disculpar, sin ulterior consecuencia, una negativa a efectuar pruebas biológicas basada en el derecho a la libertad religiosa, si algún credo o religión prohibiere la práctica de esas pruebas o las simples extracciones de sangre. Éste fue uno de los argumentos alegados en la STS de 14 de noviembre de 1987.

Hay ordenamientos donde el régimen es distinto; así, en el Derecho suizo, el Tribunal Federal ha establecido que la toma de sangre (a la que están obliga-

---

(42) LLEDÓ YAGÜE: "La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994", ob. cit., pág. 211.

(43) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 60. EGUSQUIZA BALMASEDA, "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad", ob. cit., pág. 60.

das las partes y aun los terceros en los procesos de filiación) no puede ser rechazada por motivos confesionales.

3. LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y AL HONOR (ART. 18.1 DE LA CE)

Uno de los hechos más alegados para justificar la negativa a la práctica de las pruebas biológicas ha sido la vulneración del derecho a la intimidad y al honor amparados por el artículo 18.1 de la CE.

Hay que indicar que el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, define como intromisión ilegítima en el derecho al honor "la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena".

El posible atentado que pueda irrogarse de estos derechos con la práctica de pruebas de este tipo ha tenido una doble vía de argumentación:

a) La lesión que se deriva en el entorno social al poner al descubierto las relaciones sexuales extramatrimoniales y el nacimiento de un hijo como consecuencia de las mismas; en este sentido se ha pronunciado la STS de 26 de mayo de 1988 (44).

b) El ataque que al patrimonio personal de un sujeto le representa el descubrir datos biológicos o de herencia genética (45). En este sentido se pronunció la STS de 13 de marzo de 1989 (relativa a la divulgación a través de una agencia de noticias de la conformación cromosómica de un atleta, que influía en su feminidad), que dijo que el patrimonio que comprende la identidad personal hace referencia a aspectos biológicos o caracterológicos que componen el ser de una persona "como pueden ser los datos analíticos de una persona determi-

(44) En este sentido se orientó el recurso de casación promovido por la demandada, hermana del presunto padre de la actora (cuya declaración de paternidad se reclama).

(45) Es interesante el trabajo realizado por la Dra. Linda NIELSEN: "Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: una perspectiva europea", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 4/1996, págs. 65-68. Aborda los aspectos éticos y jurídicos de la utilización de las pruebas genéticas, cuáles son los valores relativos a la intimidad que se quieren proteger, en qué medida están protegidos por la normativa europea, utilizando como ejemplo Dinamarca, Italia y Noruega, y se hace una breve mención a las legislaciones de Francia y Austria.

nada", entre los que se cita los análisis clínicos, bacteriológicos, morfológicos etc., de la misma [46].

LLEDÓ YAGÜE [47] indica que también hay que considerar los riesgos que supone para el afectado la recogida y utilización de informaciones sobre datos individuales reservados que implica el desconocimiento de un derecho a la autodeterminación informativa y a la intimidad genética como derecho fundamental del ciudadano.

En este sentido, tal derecho ha sido reconocido como fundamental en la Sentencia de 15 de diciembre de 1983 en la Corte Constitucional Federal alemana confirmando la salvaguarda del poder individual en mantener un control sobre la información concerniente al propio patrimonio genético, dada la relativa facilidad con la que es posible procurarse tales informaciones sobre la estructura de su identidad. Esta protección jurídica del genoma implica valorar la negativa del encausado en las pruebas biológicas, de suerte que desconocerlo iría en detrimento de la autodeterminación individual que debe tener absoluta prioridad. Pudiera concluirse que, focalizando el problema desde la "privacidad" del individuo, el derecho a la vida privada es particularmente válido en el caso de los datos genéticos aplicable a los procedimientos judiciales, en donde los análisis genéticos sólo pueden autorizarse a modo de excepción contando con el consentimiento del afectado.

En este sentido contrario a esta argumentación, el razonamiento de nuestro Tribunal Constitucional se ampara en que no se puede hablar de inviolabilidad para un simple "análisis de sangre" cuando de la renuente y negativa actitud del encausado dependen derechos y citaciones tan importantes como conocer o denegar la condición de hijo no matrimonial. Que además la finalidad de la norma ordinaria permisiva de los peritajes biológicos en los procesos de paternidad no es otra que la defensa de los intereses personales en primer lugar del hijo tanto de orden material como moral.

---

(46) La Unión Europea ha manifestado, en la Decisión del Consejo de 29 de junio de 1900, que "el derecho a la identidad genética forma parte de los derechos a la integridad y a la dignidad de la persona"; que "existen sólidos fundamentos para garantizar el derecho del individuo a decidir, contando con la suficiente información, si debe o no recibir información relativa a sus características genéticas", que "a falta de normas y disposiciones claras relativas a los posibles avances en el campo del análisis genómico puede existir riesgo de que el análisis genético se lleve a cabo con fines de control, lo que podría tener grandes consecuencias en la vida social", y que, "en consecuencia, existen sólidos fundamentos para adoptar las medidas necesarias que impidan avances inaceptables, particularmente en relación con la medicina predictiva".

(47) LLEDÓ YAGÜE: "La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994", ob. cit., pág. 209.

Por otro lado hay que apuntar que el art. 8.1 de la LO de 5 de mayo de 1982 establece que "no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley"; por ello, ordenada la práctica de la prueba biológica por la Autoridad Judicial y de acuerdo con la ley (art. 39.2 de la CE y los artículos 767.2 de la LEC y 339.5 de la LEC) es evidente que dejará de ser atentatorio o lesivo del derecho a la intimidad personal la revelación y conocimiento de los datos biológicos resultantes de la prueba biológica sobre filiación.

RIVERO HERNÁNDEZ señala que tal intromisión no parece que sea una causa aceptable para negar la ejecución de las pruebas biológicas. Las razones que lo justifican, radican, de un lado, en la doctrina de la proporcionalidad de sacrificio de los derechos vulnerables y, de otro, en la legitimidad que cabe reconocer sobre que ciertos datos, en ocasiones, puedan ser conocidos de conformidad con el ordenamiento [48].

Así, de acuerdo con la doctrina de la proporcionalidad [49], la colisión de derechos se resuelve inexorablemente a favor de aquel que posea mayor entidad. En nuestro caso el derecho a la intimidad personal entra en conflicto con el derecho a la investigación y determinación de la verdadera filiación. Por ello, atendiendo a la protección que constitucionalmente se fija para el derecho al honor e intimidad (art. 18.1 derecho fundamental incluido en el Capítulo 2.º del Título I de la CE), frente al de libre investigación (39.2 sito en el Capítulo 3.º,

---

(48) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob cit., pág. 63. EGUSQUIZA BALMASEDA: "El papel jurídicos de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (II)", ob. cit., pág. 61.

(49) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 63. Indica en relación a la doctrina de la proporcionalidad en el sacrificio de los derechos en conflicto: "(...) que es sabido pues se trata de un principio general del Derecho que al entrar en colisión dos derechos, debe ceder el menos valioso entre otro más digno o necesitado de protección, dentro de un determinado sistema jurídico. En nuestro caso el derecho a la intimidad personal entra en conflicto con el derecho a la investigación y determinación de la verdadera filiación. Mas no se trata de un conflicto simple y aséptico, sino que se ve muy afectado por las circunstancias que lo modalizan. De plantearse como una mera colisión o enfrentamiento entre los derechos protegidos por los artículos 18.1 y 39.2 de la CE parece que en principio debería triunfar en la mayor parte de las ocasiones el primero, derecho fundamental incluido en el Capítulo 2.º del Título I de la CE respecto del protegido en el artículo 39.2, sito en el Capítulo 3.º (derechos sociales), por su respectiva posición sistemática y axiológica dentro de la Constitución."

derechos sociales), la resolución técnica de la cuestión debería decantarse a favor de los primeros [50].

Sin embargo, la mayor parte de los pronunciamientos del Tribunal Supremo desdicen esta solución, esto es, planteado un conflicto de intereses entre el derecho a la intimidad personal y el derecho a la investigación de la paternidad ha triunfado prácticamente siempre esta última, señalando que no hay lesión a la intimidad ni al honor, ni puede considerarse inconstitucional que se lleven a cabo esas pruebas. En este sentido se han pronunciado las SSTS de 12 de noviembre de 1987, 14 de julio de 1988, 25 de enero de 1992. También se ha pronunciado en este sentido el Tribunal Constitucional en el Auto de 3 de marzo de 1990 [51].

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, al indicar que "en los supuestos de filiación prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 de la CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad (...) puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares."

---

(50) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 64 y EGUSQUIZA BALMASEDA: "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (II)", ob. cit., pág. 61.

(51) Auto de TC de 3 de marzo de 1990 (asunto "El Cordobés") dice: "El derecho constitucional a la intimidad excluye las intromisiones de los demás en la esfera de la vida privada y personal de los ciudadanos. Pero ello no puede convertirse en una suerte de consagración de la inmunidad, con quiebra del cumplimiento estricto de las obligaciones frente a los terceros y muy particularmente, de las cargas y deberes resultantes, y una conducta que tiene íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares." Y en el Auto de 31 de mayo de 1990 afirma que "no puede desconocerse que en razón precisamente de la posible colisión entre distintos derechos ha de valorarse el interés prevalente y, como ha reiterado la doctrina en los supuestos de filiación no hay duda sobre el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 de la Constitución, lo que trasciende a un derecho de naturaleza estrictamente individual, como es el de la intimidad personal, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial." Es interesante el comentario realizado sobre estos autos por QUESADA GONZÁLEZ: "Las pruebas biológicas a propósito del auto del Tribunal Constitucional 103/1990 de 9 de marzo", *Revista Jurídica de Catalunya,* any XCII-núm. 1, Barcelona, 1993.

A favor de la legitimación del conocimiento de datos biológicos de ciertas personas en los procesos de filiación se muestran RIVERO HERNÁNDEZ [52] y EGUSQUIZA BALMASEDA [53], basando su postura en lo establecido en el artículo 8.1 de la LO de 5 de mayo de 1982 según el cual: "no se reputan intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley." Pues bien, al practicarse la prueba biológica, como pericial que es debe ser acordada por la autoridad judicial quien ordenará su práctica mediante resolución motivada como ya hemos visto, apoyada en un marco legal que la contempla explícitamente (arts. 335 a 352 y en especial los arts. 339.5 y 767.2 de la LEC desarrollo del art. 39.2 de la CE). Luego su realización e incidencia desveladora de datos personales queda perfectamente justificado en Derecho por tratarse de una actuación autorizada por órgano competente y de acuerdo con la ley.

Sin embargo, el derecho a la intimidad sí puede resultar vulnerado si las muestras o datos se obtienen violentando derechos o libertades fundamentales; tal sería el caso, y resultaría vulnerado el derecho a la intimidad, si ha habido revelación de las muestras o datos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela sin conocimiento del afectado (art. 7.4 de la LO de 5 mayo de 1982). La prueba será ilícita con la consecuente ineficacia derivada [54] del artículo 11.1 de la LOPJ.

4. DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO (ART. 24 DE LA CE). LA *FICTA CONFESSIO*

4.1. La negativa a la prueba biológica y la *ficta confessio*

Evidentemente no existe una norma que autorice valorar de *ficta confessio* la negativa de someterse a la prueba. Es obvio que la prueba biológica es una pericia que imposibilita que, con relación a la misma, el afectado pueda reconocer algún hecho personal como sucede en la prueba de la confesión.

---

(52) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 65.

(53) EGUSQUIZA BALMASEDA: "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad", ob. cit., págs. 62-63.

(54) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 71; y EGUSQUIZA BALMASEDA: "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad", ob. cit., pág. 62.

En este sentido el Tribunal Supremo ha indicado en numerosas ocasiones que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no implica, ni supone una *ficta confessio* sino un indicio valioso que junto con otros podía llevar a la declaración de la paternidad [55] (Sentencia de 6 de febrero de 1991, en el mismo sentido las Sentencias de 7 de febrero y 8 de julio de 1986, 27 de junio, 6 y 14 de noviembre de 1987 [56], 11 y 18 de marzo, 21 de mayo, 14 de julio y 5 de diciembre de 1988, 20 de julio de 1990, 14 de mayo de 1991 entre otras) y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 1992.

En sentido contrario se pronunció la Audiencia Territorial de Valladolid en Sentencias de 22 de septiembre y 3 de noviembre de 1987 señalando que la negativa a someterse a las pruebas biológicas "no sería nada exagerado darle la importancia que el artículo 593 otorga a la incomparecencia o negativa en la confesión".

4.2. Derecho a no declarar contra sí mismo

En opinión de FÁBREGA RUIZ no vulneran estas pruebas el derecho a no declarar contra sí mismo, ya que no supone una exteriorización de manifestación sobre hechos o circunstancias sino una forma especial de pericia que le exige una colaboración no equiparable a una declaración que es lo protegido con el derecho invocado [57].

Hay que indicar que la relación existente entre el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.1 de la CE) lo ha relacionado el ATC de 31 de mayo de 1990 que recoge la doctrina de la Senten-

---

(55) Indica QUESADA GONZÁLEZ: "Las pruebas biológicas a propósito del auto del Tribunal Constitucional 103/1990, de 9 de marzo", ob. cit., pág. 117: "... que toda confesión para poder ser considerada como propiamente tal ha de referirse a hechos personales de su autor, y que, por tanto, éste conoce a ciencia cierta, mientras que cuando se trata de pronunciarse sobre la paternidad el único hecho personal susceptible de confesión es haber tenido relaciones sexuales con la madre en tiempo apto para la concepción, pero no el hecho mismo de la paternidad, porque éste escapa al conocimiento del propio interesado que sólo puede estar seguro de la posibilidad de ser padre pero no de la realidad de serlo". Así lo ha indicado el Auto del Tribunal Constitucional 221/1990, de 31 de mayo.

(56) La STS de 14 de noviembre de 1987 señala: "ello no supone deducir una *ficta confessio* de la negativa a la extracción de unas gotas de sangre, sino meramente un indicio, valioso, que conjugado con otros elementos probatorios configurados en autos permitieron a la sentencia recurrido llegar a declarar la paternidad".

(57) FÁBREGA RUIZ: "Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos", ob. cit., pág. 661.

cia del TC de 4 de octubre de 1985 relativa a la prueba de alcoholemia [58]. El Auto del TC tras afirmar que la Sentencia del TS de 15 de mayo de 1989 recurrida en amparo no ha deducido un resultado de *ficta confessio* añade: "baste apuntar que admitido el carácter de prueba pericial, aunque con alguna matización, la biológica no puede tener encaje como prueba de confesión la conducta negativa de la parte a someterse a aquella prueba, que no consiste ni implica declaración o falta de declaración sobre hechos o circunstancias, sino el análisis y comprobación de unos datos biológicos que escapan al conocimiento del propio interesado y que sólo pueden ser sacados a la luz e interpretados por personal científico."

4.3. El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE)

La primera vez en que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre las pruebas biológicas en los procesos de filiación es el Auto 1296/1988, de 12 de diciembre, de la Sala 1.ª, Sección 1.ª, en recurso de amparo contra la STS de 10 de marzo de 1988 donde estimó que dicha resolución judicial no violaba el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Tribunales (art. 24.1 de la CE). El recurrente en amparo alegaba la vulneración del artículo 24 por no haberse realizado la prueba biológica, lo que provocaba su indefensión, dado que "no se trata de una prueba más sino de la única que puede determinar con absoluta seguridad la paternidad del menor" [59].

Existe amplia jurisprudencia que respalda los derechos del demandante, y en la que se ha relacionado de varias formas las pruebas biológicas con la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE (SSTS de 14 de julio de 1988, 15 y 30 de marzo de 1989, 28 de mayo de 1990), destaca la STC 208/2001, de 22 de octubre, en la cual se dice: "(...) En definitiva, para que se produzca una indefensión material es preciso que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente en el proceso de amparo que de haberse practicado la prueba omitida, la resolución final de proceso hubiera podido ser distinta (SSTC 131/1995, de 11 de septiembre, 26/2000, de 31 de enero; 37/2000, de 14 de febrero; 96/2000, de 10 de abril; 173/2000, de 26 de junio; 246/2000, de 16 de

---

(58) La Sentencia 103/1985, de 4 de octubre, estableció que: "el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al afectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución."

(59) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 52.

septiembre; 19/2001, de 29 de enero; 27/2001, de 1 de marzo; 73/2001, de 26 de marzo y 165/2001, de 16 de julio)."

RIVERO HERNÁNDEZ manifiesta [60] que la STC 7/1994, de 17 de enero, sienta un hito importante en relación a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE cual es la exigencia a los Tribunales de que hagan lo necesario, dentro de lo que la ley les permite y exige, para garantizar a cada parte procesal la práctica de las pruebas idóneas y estimadas pertinentes para demostrar la base fáctica de la pretensión efectuada. Por no haberlo hecho así los que conocieron del caso contemplado y haber impuesto la sentencia recurrida a la actora las consecuencias negativas de una falta de prueba no imputable a ella —que los propios tribunales no le han garantizado, siendo exigible y pudiendo hacerla— la han dejado en indefensión, con infracción de aquel precepto y principio constitucional, por lo que procede el amparo solicitado.

En opinión de QUESADA GONZÁLEZ [61] la negación a la práctica de las pruebas biológicas puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva para quien la solicita.

La omisión de su práctica en el período probatorio podría subsanarse por el Juez ordenándolas como diligencias finales. De no ocurrir así entiende que la parte que las solicitó debe volver a pedir su práctica en segunda instancia y si tampoco entonces se verifican, opina que, de dictarse una sentencia desfavorable para el litigante que las propuso, podría apreciarse indefensión por haberle sido negado el medio de prueba más apropiado para defenderse (STS de 8 de mayo de 1989, y 11 de septiembre de 1991).

4.4. El principio y el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 de la CE)

También con este derecho fundamental amparado en el art. 14 de la CE ha sido relacionada la negativa a someterse a la prueba biológica.

Como indica EGUSQUIZA BALMASEDA [62] la vulneración de este derecho se ha invocado en dos sentidos:

---

(60) RIVERO HERNÁNDEZ: "Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación", ob. cit., pág. 368.

(61) QUESADA GONZÁLEZ: "Las pruebas biológicas a propósito del auto del Tribunal Constitucional 103/1990, de 9 de marzo", ob. cit., pág. 115.

(62) EGUSQUIZA BALMASEDA: "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (II)", ob. cit., pág. 63.

El primero, sobre la base de entender que la STS de 21 de mayo de 1988 recurrida en amparo (ATC de 9 de marzo de 1990) (63) se apartaba sin motivación alguna del criterio ya establecido que impide en casación una nueva valoración de las pruebas planteadas en el proceso. Invoca el recurrente la violación, por parte del Tribunal Supremo, del principio de igualdad en la aplicación de la ley, por la diferente valoración de las pruebas que éste realizó respecto de las verificadas por las instancias inferiores, actuando indebidamente como una tercera instancia, con olvido del rigorismo formal del recurso de casación.

El Auto del TC de 9 de marzo de 1990 hubo de recordar al recurrente en amparo el sentido de ese "derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley" (64), rechazando el argumento del recurrente en atención al sentido que debía ser dado al principio de igualdad ante la ley, que lo que en realidad prohíbe son cambios interpretativos arbitrarios discriminatorios fundados en circunstancias sociales y personales ajenas a la norma o que sean producidos por un voluntarismo selectivo, observando que no se hacía ni una sola cita del mismo órgano

---

(63) La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo declaró en Sentencia de 21 de mayo de 1988 (con dos votos particulares en contra) que el torero don Manuel Benítez Pérez ("El Cordobés") es el padre de don Manuel Benítez Velasco, fruto de las relaciones habidas entre aquél y la madre de éste, doña Alina Elizabeth Velasco. Con anterioridad, el Juzgado de Primera Instancia de Córdoba había desestimado la demanda de reclamación de paternidad formulada por la madre en representación de su hijo e, inmediatamente después, al resolver el recurso de apelación interpuesto por doña Alina, la Audiencia Territorial de Sevilla había confirmado en todos sus extremos la resolución recurrida. Interpuesto el recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, revocando la sentencia de apelación en el sentido de declarar la paternidad solicitada con todas las consecuencias inherentes a la misma. Véase el comentario de este Auto en QUESADA GONZÁLEZ: "Las pruebas biológicas a propósito del auto del Tribunal Constitucional 103/1990, de 9 de marzo", *Revista Jurídica de Catalunya,* any XCII-núm. 1, Barcelona, 1993.

(64) Diciendo que: "el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE, en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley implica que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que, cuando el órgano en cuestión considera que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello un fundamento suficiente y razonable. Es asimismo doctrina común que el principio de igualdad en aplicación judicial de la ley no consagra la vinculación de los órganos judiciales a sus propios precedentes, pues ello sería incompatible con la independencia de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que constitucionalmente les corresponde así como la naturaleza dinámica y progresiva de la función judicial en aplicación de las leyes. Lo que veda, por tanto, dicho precepto constitucional son los cambios interpretativos arbitrarios o discriminatorios fundados en circunstancias sociales o personales ajenas a la norma o que sean producidos de un voluntarismo selectivo."

judicial (Sala 1.º del TS) en la que en un supuesto igual no se siguiera el planteamiento sostenido en la sentencia recurrida en amparo, y ésta continuaba el criterio interpretativo del Tribunal Supremo [65].

La segunda vía de alegación de la infracción del artículo 14 de la CE se basa en que de manera arbitraria y sin justificación alguna se había variado el criterio sobre la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad, equiparándose esa negativa a una realidad de tal paternidad, cuando la continua jurisprudencia venía rechazando que tal hecho equivaliera a una *ficta confessio;* resultaba incuestionable que la sentencia recurrida al cambiar de criterio de valoración de dicha prueba, sin ofrecer justificación del cambio, vulneraba el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

El Auto del TC de 31 de mayo de 1990, al rechazar la tesis del demandante de amparo, afirma que la sentencia impugnada es coherente y guardaba plena sintonía con la doctrina jurisprudencial relativa a la negativa a someterse a la prueba biológica, subrayando que esa sentencia no se apartaba "de los dos pilares que la doctrina jurisprudencial ha considerado básica para fundamentar un fallo favorable a la declaración de filiación extramatrimonial, a saber, la posibilidad de fecundación de la mujer y la negativa obstruccionista al sometimiento a las pruebas al sometimiento a las pruebas biológicas. La concurrencia de ambos factores permite al Juez, a través de una valoración conjunta de la prueba —incluida la ponderación que se efectúe de la negativa a la práctica de las pruebas biológicas— declarar la filiación con arreglo a lo establecido en el artículo 135, puesto en relación con el 127 del CC" [66].

Tras esta argumentación el Auto de referencia termina rechazando que haya habido vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, porque la sentencia examinada no quiebra la línea jurisprudencial mantenida por el TS, advirtiendo al propio tiempo al recurrente que no cabe utilizar como

---

(65) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit pág. 78. EGUSQUIZA BALMASEDA: "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad", ob. cit., pág. 63. QUESADA GONZÁLEZ: "Las pruebas biológicas a propósito del auto del Tribunal constitucional 103/1990, de 9 de marzo", ob. cit., pág. 109.

(66) Hay que indicar que en el caso "El Cordobés" cabe considerar existentes ambos presupuestos como se desprende del relato de los hechos de la Sentencia de 21 de mayo de 1988 (asignación al niño del apellido del demandado sin oposición de éste, publicaciones periodísticas de las que cabe inferir las relaciones sexuales en la época de la concepción, repetida negativa a someterse a las pruebas biológicas".

elemento comparativo, a los efectos pretendidos, una sentencia de fecha posterior a la que se impugna [67].

Estos mismos argumentos del Tribunal Supremo se han vuelto a plantear en el Auto de 27 de enero de 1992 [68].

III. CONCLUSIONES

En cuanto a la constitucionalidad de las pruebas biológicas es unánime la doctrina y la jurisprudencia en considerar que las mismas no son contrarias a la Constitución, se argumenta que las mismas están abaladas por el artículo 39.2 de la CE, y el derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas en el ejercicio de sus derechos y protección de sus intereses legítimos según el art. 24.1 de la CE. El párrafo segundo del citado artículo garantiza a las personas el poder utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, tales argumentos que se dejan entrever entre otras en la STC de 17 de enero de 1994.

El principal problema que entraña la práctica de las pruebas es el de que en la misma no se puede prescindir de la colaboración de un sujeto, el demandado. El hecho de que sea imprescindible su voluntad y colaboración plantea un interesante conflicto que puede afectar a derechos fundamentales si no media esa voluntad o simplemente se niega su práctica, de ahí que se haya cuestionado la constitucionalidad de este tipo de pruebas. La voluntariedad en la práctica de las pruebas biológicas ha llevado a que se plantee, si ésta no es querida por las partes involucradas en el procedimiento, un conflicto de derechos, sobre el que nuestro Derecho positivo calla. Este silencio ha sido aprovechado para justificar esas conductas obstruccionistas sobre la base del respeto que a todo sujeto

---

(67) RIVERO HERNÁNDEZ: "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", ob. cit., pág. 79, EGUSQUIZA BALMADESA: "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad", ob. cit., pág. 63. QUESADA GONZÁLEZ: "Las pruebas biológicas a propósito del auto del Tribunal constitucional 103/1990 de 9 de marzo", ob. cit., pág. 110.

(68) Auto del TS 221/1990, de 31 de mayo, dice: "La sentencia que se cuestiona no se aparta de los dos pilares que la doctrina jurisprudencial ha considerado básica para fundamentar un fallo favorable a la declaración de filiación extramatrimonial, a saber, la posibilidad de fecundación de la mujer y la negativa obstruccionista al sometimiento de las pruebas biológicas. La concurrencia de ambos factores permite al Juez, a través de una valoración conjunta de la prueba —incluida la ponderación que se efectúe de la negativa a la práctica de las biológicas— declarar la filiación con arreglo a lo que establece el artículo 135, puesto en relación con el art. 127 del Código Civil. Ha de rechazarse, por tanto, la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, por tanto la sentencia examinada no quiebra la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo."

se le debe en sus derechos de integridad física, honor, intimidad, libertad, defensa, e igualdad ante la ley, argumentos que sin embargo no han prosperado, ante el carácter preferente de todo sujeto a conocer quién es su padre. Me parece irrisible y nada serio alegar como excusa para someterse a la práctica de la prueba que la misma supone un atentado contra la integridad física cuando para la práctica de la misma tan sólo se precisa de un simple pinchazo para proceder a la extracción de la sangre; entiendo que con las técnicas del ADN no se alegará como causa de excusa la integridad física para la toma de muestras cuando las mismas pueden consistir en un simple pelo o saliva.

En mi opinión, acordada por la autoridad judicial en resolución motivada la práctica de la misma y requerida en forma la persona que ha de someterse a su práctica, viene obligada a la misma e incluso entiendo podría ser detenida y conducida por la fuerza pública para someterse a la misma, al igual que ocurre en la jurisdicción penal, en la que una vez acordada por la autoridad judicial la práctica de una prueba que resulte imprescindible para el esclarecimiento de los hechos, y citada en forma la misma para su práctica, si la misma no comparece o alega causa que se lo impida, el Juez podrá acordar su detención a fin de ser conducida por la fuerza pública ante la autoridad judicial. Trasladado al caso que estamos estudiando, una vez el Juez decida que deben practicarse las pruebas biológicas, deberá dictar resolución motivada acordándolas (Auto) advirtiendo a la persona que viene obligada de las consecuencias de su negativa y que caso de persistir en su negativa podrá ser conducido por la fuerza pública a fin de poder tomar las muestras, pues en este caso lo decisivo es el sometimiento a la resolución judicial que acuerda la realización de dicha prueba como ha señalado la STC 7/1994, de 17 de enero. Esta sentencia señala que en ningún caso puede disponerse por el Juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para la salud. Entiendo que en este supuesto, y dada la variedad de pruebas biológicas existentes, mediante las técnicas del ADN se obvian estos problemas ya que no se precisa extracción de sangre, y con una muestra de saliva o con la raíz de un cabello se pueden practicar, por lo que considero inadmisible la citada excusa, y caso de ser alegada, el Tribunal de oficio podrá acordar que las pruebas biológicas se practiquen por las técnicas del ADN, y llegado a un último extremo podría ser válida la toma de muestras de un familiar, aun sin el consentimiento de la persona que viene obligada.

En lo que respecta al lugar de realización de las pruebas entiendo que podrán realizarse en cualquier centro que ofrezca las correspondientes garantías sin que tenga que ser necesariamente un Centro Público como se viene exigiendo por la jurisprudencia, y que la toma de muestras sería conveniente que se efectuara en las propias Clínicas Médico-Forenses de los Juzgados (bien por el

propio médico o por un ATS que fuese requerido para ello) siempre en presencia del Secretario Judicial para dar fe del acto que se está realizando.

Hay que indicar que la mayor parte de los pronunciamientos del Tribunal Supremo y Constitucional han resuelto los supuestos de conflictos de intereses entre derechos constitucionalmente protegidos como son: por una parte, el derecho a la integridad física, el derecho a la libertad religiosa, y sobre todo, uno de los más alegados para justificar la negativa a la práctica de las pruebas biológicas, como es el derecho a la intimidad y al honor, y, por otra parte, el derecho a la libre investigación de la paternidad, de forma que ha triunfado prácticamente siempre este último.

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 71/2004, de 19 de abril. Ponente: Excma. Sra. D.ª Elisa Pérez Vera.

Necesidad de que en ejecución de sentencia de un auto que revocaba el acogimiento preadoptivo se tengan en cuenta las nuevas circunstancias que concurran para valorar si es posible o no dar cumplimiento a lo acordado por la Audiencia Provincial y que el menor vuelva con su madre biológica.

ANÁLISIS DEL CASO

- La menor Montserrat, nacida el 17 de diciembre de 1992, a iniciativa de su madre biológica, fue declarada en desamparo por la Junta de Andalucía, que asumió su tutela mediante Resolución de 27 de junio de 1996, constituyéndose respecto de ella acogimiento familiar mediante Resolución de la misma Junta, de 27 de noviembre de 1997.
- Doña Montserrat, madre biológica de la niña, promovió la cesación del acogimiento de su hija, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de familia de Sevilla, que incoó los autos 645/1997, a los que se acumularon los autos 11/1998 del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de la misma capital, promovidos por don José Antonio, padre de la niña, y los autos 271/1998 del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 también de Sevilla, promovidos, en sentido opuesto al de los padres biológicos, por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de familia de Sevilla resolvió los autos 645/1997 y acumulados, acordando, mediante Auto de 4 de mayo de 1999, desestimar la petición de cada uno de los padres biológicos de la menor en relación con la cesación del acogimiento y de su reinserción en su familia biológica, y estimar la solicitud promovida por el Delegado Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, de acogimiento familiar de carácter preadoptivo en relación con la menor a favor de las personas propuestas y declaradas idóneas (los aquí demandantes de amparo).

- Contra dicha resolución interpusieron recurso de apelación por separado los dos padres biológicos de la niña, reclamando cada uno para sí la custodia, recurso cuyo conocimiento correspondió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que en su resolución dictó el Auto de 8 de marzo de 2001 desestimando el recurso de don José, padre biológico de la menor, y estimando el de la madre biológica, doña Montserrat, revocando la desestimación acordada por el Juez de instancia de la petición de cese de acogimiento solicitada por la madre de la niña, denegando la aprobación del acogimiento preadoptivo instado por la Junta de Andalucía, y acordando el cese del acogimiento constituido a favor de los aquí demandantes de amparo, ordenando a la Junta de Andalucía que procediera al internamiento de la niña en un centro de acogida por el tiempo que se determinase en ejecución de la resolución y a la vista de la evolución que experimentasen las relaciones entre la madre y la niña en virtud del régimen de visitas, régimen este que también debía acordarse mediante la fase de ejecución.
- En la fase de ejecución, el Juez de familia, por providencia de 23 de abril de 2001, determina que se pusiera en conocimiento de las partes la resolución firme "a fin de que manifiesten lo que a su derecho convenga". A esta providencia sigue otra de 23 de mayo en la que determinaba que "observándose el tiempo transcurrido desde que recayó resolución firme en la 2.ª instancia (Auto de 8 de marzo de 2001) y ya que los autos se encuentran pendientes de que la parte interesada inste su ejecución, tal y como se le ofreció en providencia de 23 de abril de 2001, y ante la situación de que los padres biológicos no han instado que se lleven a efecto las medidas de ejecución ordenadas por la Audiencia, se pone en su conocimiento y en el de la Junta de Andalucía, que no se iniciará ninguna medida relativa a la menor sin que previamente la madre solicite la adopción de dichas medidas, a fin de demostrar con ello que persisten en su interés de recuperar a su hija; finalidad a la que precisamente se dirigen las medidas de ejecución acordadas por el órgano superior."
- A partir de este momento, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla conoce de numerosos escritos contradictorios entre la representación de la madre biológica, de los acogedores, de la Junta de Andalucía y del Ministerio Fiscal, dictando Auto de 22 de noviembre de 2001 en el que, previa declaración explícita de que la ejecución del Auto de la Audiencia ha de respetar lo acordado por ésta, afirma la soberanía del Juzgado para llevar a efecto la misma en términos que no resultasen gravosos para la menor, basándose en el art. 158.2 del CC. Razonando que el inmediato internamiento de la menor en un centro de acogida comportaría para ella perturbaciones dañosas que a su vez conllevaría la imposibilidad de ejecutar lo acordado por la propia Audiencia, "ya que no habría forma humana de hacer viable un acercamiento eficaz y paulatino entre la madre biológica y

su hija, con la que no ha tenido ningún contacto durante hace más de cuatro años", afirma que "se ha de interpretar lo resuelto por la Audiencia" sobre la base del respeto al interés de la menor, interés que ha de ser prioritario a cualquier otro legítimo, según determina el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección del menor. En consecuencia, dispone que el acercamiento entre la menor y su madre biológica "se ha de realizar valiéndose esta ejecución de una residencia de acogida lo más próxima al domicilio de la madre y de la menor y a cuyo en este acto se requiera a la Letrada de la Junta de Andalucía, para que haga designación de dicho centro. Una vez que se designe dicho Centro de Acogida, no se habrá de ingresar a la niña en el mismo, sino que se establecerá un régimen paulatino de visitas entre la madre y su hija; supervisado por personal técnico que no haya tenido conocimiento ni intervención alguna en el expediente, visitas que se desarrollarán de la siguiente manera: El segundo y último domingo de cada mes de 17:00 a 20:00 horas. Dichas visitas se llevarán a cabo con un seguimiento detallado por parte de los responsables del Centro que participarán cualquier incidencia en el desarrollo de las visitas. Asimismo, una vez transcurridos seis meses deberán hacer una valoración final del seguimiento de dichas visitas participando al Juzgado, que requerirá con carácter de urgencia al Equipo Psicosocial, para que haga un informe a la vista de dichos datos del seguimiento, de la menor, de la madre y de los acogedores, sobre la conveniencia de proseguir el régimen de visitas acordado o bien, indicar la procedencia de su suspensión o ampliación. En el primer caso, en el supuesto de que dicho régimen hubiera fracasado y hubiera resultado nocivo, negativo y perjudicial para la niña, y en el segundo, si la evolución de la relación materno-filial hubiera experimentado un giro positivo."

- Contra este Auto interpone recurso de apelación la madre biológica de la menor, doña Montserrat.
- En pieza separada de ejecución núm. 645/1997, el citado Juez de Primera Instancia dicta Auto de fecha 25 de julio de 2002, en el que argumenta que, a la vista de los informes de las visitas emitidos por la entidad (de la que dependía el centro en el que tenían lugar las mismas), de los informes psicológicos que resultaron ratificados y de la propia exploración de la menor, la madre biológica "no ha demostrado suficientes habilidades parentales para, al menos, desterrar el inicial y normal rechazo de una niña, que lo que realmente desea (como ella misma expresó) es tener una estabilidad y seguridad familiar que ahora ve peligrar", así como que el Juzgado considera que, "en su situación actual y en la situación que quedó patente cuando se intentó dar cumplimiento a lo acordado por la Audiencia Provincial, ello hubiera supuesto someter a la niña a un trato inhumano y degradante que pudiera comportar causarle un gravísimo e irreversible perjuicio y trastorno psicológico", contra lo garantizado por el art. 15 de la CE. Insiste en que

"humanamente se considera que se ha hecho todo lo posible para hacer efectivo el derecho de la ejecutante sin lesionar irremediablemente la integridad emocional y psicológica de la niña, intentando conjugar ese conflicto de derechos a través de un programa de acercamiento progresivo que, tras tantos años de separación y de nueva consolidada estabilidad familiar, se ha mostrado imposible, siendo evidente que cada vez se hace más profundo el rechazo de la niña hacia su madre biológica, causándole esa situación impuesta un fuerte desasosiego, estrés y tensión que está incidiendo negativamente en sus estudios y en su propio desarrollo madurativo."

- Como consecuencia de todo ello, el Magistrado Juez de Primera Instancia acuerda "Suspender el programa de acercamiento progresivo iniciado en la entidad APRONI con la finalidad de dar eficaz cumplimiento a lo resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, sin causar un grave e irreparable perjuicio psicológico a la menor (...) y con el objetivo de procurar que su madre biológica (...) la pudiera recuperar afectiva y maternalmente. Resultando, por tanto, imposible humanamente esa ejecución, se le reserva a la Sra. (...) el derecho a obtener indemnización en los términos que se indican en el Fundamento de Derecho Segundo de esta Resolución. Por último, se acuerda que la niña permanezca en la situación legal que se expresa en el Fundamento de Derecho tercero" (situación de acogimiento permanente).
- En la oposición al antes citado recurso de apelación contra el mencionado Auto del Juzgado de Primera Instancia de 22 de noviembre de 2001, interpuesto por la madre biológica de la menor, doña Montserrat, se interesa por la representación de los acogedores la admisión como prueba del Auto del mismo Juzgado de 25 de julio de 2002, del que se acaba de dar cuenta. La Audiencia Provincial contesta dicha petición mediante providencia de 4 de octubre, ordenando unir dicho Auto a las actuaciones "sólo a efectos ilustrativos". Dicha providencia es recurrida en reposición por la representación de quienes tienen a la menor en acogida.
- Finalmente, la Audiencia Provincial de Sevilla resuelve el aludido recurso de apelación contra el Auto del Juez de Primera Instancia núm. 7 de la misma ciudad, de 22 de noviembre de 2001, mediante Auto de 31 de octubre de 2002. En el mismo, comienza la Sala resolviendo el recurso de reposición en relación con su providencia de 4 de octubre, del que afirma su extemporaneidad y, en todo caso, la improcedencia del objeto del mismo, dada tanto la imposibilidad de presentar documentos en apelación que no acompañen el escrito de interposición del recurso, conforme a la interpretación que realiza de los preceptos correspondientes de la Ley de enjuiciamiento civil, como, desde el punto de vista del fondo, porque la prueba cuya admisión se pretende trae su causa del Auto que es objeto de apelación, lo que "sería tanto como hacer supuesto de la cuestión".

- Como derecho material en juego se afirma violado el derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la CE) de la menor protagonista de la causa, por resultar materialmente lesiva de tal integridad la medida ordenada por la Audiencia Provincial de su internamiento en un centro de acogida de la Junta de Andalucía, con la consiguiente separación de la familia de acogida con la que hasta el momento venía conviviendo, otorgando dicho órgano judicial preferencia al cumplimiento en sus propios términos de una resolución suya anterior frente, nada más y nada menos —afirma la actora—, a la salud mental de la menor, a su bienestar y a su vida, obviando que el derecho a la integridad física y moral es el soporte existencial de cualesquiera otros derechos y es el primero por ello en el catálogo de derechos fundamentales.
- Los acogedores han interpuesto recurso de amparo solicitando que se declare que se ha producido la violación el derecho a la integridad física y moral de la menor y que se acuerde la nulidad del Auto núm. 219, de 31 de octubre de 2002, dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla y que se declare firme el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla de fecha 22 de noviembre de 2001.
- El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo y declaró que ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), tanto de los recurrentes, desde la perspectiva de la motivación de las resoluciones judiciales, como de la menor Montserrat, en cuanto procede que sea oída en el proceso en el que se dilucida su guarda y custodia. Igualmente acordó restablecer a los recurrentes en sus derechos y, a tal fin, anular el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 219, de fecha 31 de octubre de 2002, recaído en rollo de apelación 2576/2002, restituyendo las actuaciones al momento pertinente para que dicho órgano pronuncie otro respetuoso con los derechos fundamentales vulnerados, conforme a los términos indicados en el último fundamento jurídico de la presente Sentencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Razonamiento jurídico de la Audiencia Provincial para revocar el auto dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia.

Parte la Audiencia, de un lado, de que en el supuesto de autos, al igual que en otros similares conocidos por ella, suele identificarse el interés del menor con el bienestar material del mismo, fórmula que, amén de gravísimas connotaciones metajurídicas que no analiza ni valora, supondría, llevada al extremo, negar el derecho de todo menor a sus padres simplemente porque éstos pertenezcan a sectores sociales desfavorecidos, aquellos a los que, además de serles negado el derecho al trabajo, a la vivienda, a la salud, en definitiva a llevar una vida digna,

también se les negaría el derecho a la familia, y, lo que es más grave, el derecho de los menores a criarse en el seno de la familia natural y biológica. Frente al necesario apoyo institucional de todo orden a tales núcleos familiares depauperados, la conclusión que puede obtenerse del actuar de la Administración en el presente caso, actuar que el Auto judicial del Juez de familia recurrido confirma, sería la negación de tales núcleos familiares, o, lo que es lo mismo, la creación de una sociedad familiar sólo sobre unas bases económicas y ambientales que partiría de unos niveles que muchos ciudadanos, por causas evidentemente ajenas a ellos, paro, pobreza, incultura, falta de atención médica, etc., no podrían alcanzar, desembocando así en situaciones claramente discriminatorias en función de los recursos económicos.

De otro lado, la Sala opera sobre la base de que "es preciso afirmar y reafirmar el derecho del menor a sus padres biológicos" siempre que, naturalmente, actúen en su beneficio, derecho que dista de ser una declaración de principios o un planteamiento particular del Tribunal, sino que es la propia voluntad del legislador, expresada en el art. 172.4 del CC, que determina que se buscará siempre el interés del menor y "se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia"; y parecidos términos puede constatarse que contiene el art. 11.2 de la Ley Orgánica 11/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Sentadas estas premisas, en relación con la concreta actuación del órgano *a quo* que deniega la recuperación de la guarda y custodia de la menor a sus padres biológicos y accede al régimen preadoptivo presentado por la Junta de Andalucía, razona que, para resolver el recurso contra tal decisión, han de tenerse en cuenta los antecedentes originarios que motivaron la asunción de la tutela por parte de la Administración, así como las condiciones en que las relaciones convivenciales paterno-filiales se habrían de desarrollar para la reintegración de la menor a los padres biológicos, lo que implica a su vez una valoración del comportamiento de todas las partes.

En relación con los antecedentes, recuerda que fue precisamente una positiva actuación de la madre, de clara protección hacia la menor, consciente de los riesgos que el ambiente familiar, del que ella era la primera víctima, suponía para su hija, lo que provocó la primera actuación de la Administración, requerida por aquélla, y su asunción provisional de la guarda y custodia, y de ello deriva "dos importantes valoraciones: 1) Que la actuación de la madre para con el *[sic]* menor ha sido ejemplar, y tal decisión propia de una responsabilidad y madurez muy superior a la que algunos informes en los que se ha basado el juzgador *a quo* sostienen, pues la terquedad de los hechos ha de prevalecer por encima de apreciaciones y valoraciones que por su subjetividad siempre se prestan a error; 2) Que no puede presentarse como fundamento, ni siquiera parcial, de la justificación de la medida recurrida las circunstancias familiares previas a aquella asunción primera de la guarda por la Administración a petición de la madre", pues —viene a decir— fue ella misma la que trató de remediarlas emigrando a otra Comunidad para trabajar temporalmente y que promovió la separación respecto de su marido que había constituido, según denuncia de ella misma, un ejemplo nocivo al introducir en la vivienda otra mujer y hacerla a ella objeto de malos tratos; aquellas circunstancias han evolucionado hasta llegar al presente, en que dispone de vivienda independiente, *vive* sola, y tiene ingresos fijos como los constituidos por la pensión asistencial no contributiva así como por la pensión alimenticia que tiene derecho a percibir de su separado esposo en razón de unos ingresos que éste percibe próximos a las doscientas mil pesetas.

En relación con la actuación de la Administración demandada, que originó la resolución recurrida, afirma que se limita a in-

vocar los antecedentes que determinaron la decisión de la madre de apartar provisionalmente a su hija del ambiente de riesgo, a referir cierta imposibilidad para responsabilizarse de su hija, algo que —afirma el Auto— entra en contradicción con la madurez y responsabilidad que denotó cuando fue ella misma la que solicitó la guarda provisional a cargo de la Administración, y a aludir a unas características psíquicas que no le permitirían ejercer su custodia, características que por su generalidad podrían predicarse de un gran número de padres y en un gran número de hogares familiares en los que por [no] poseer suficientes recursos materiales a nadie se le ocurre promover actuación de privación de guarda y custodia, de tutela o de patria potestad. Razona la Audiencia que no puede desconocerse que el mismo informe psiquiátrico, del que se extraen algunas de tales afirmaciones que se utilizan para negar la reintegración de la menor a su madre, concluye literalmente que ésta "está capacitada para atender a su hija", aunque también añada que "necesitaría una tutela o supervisión periódica"; por ello ha de entenderse que "tales circunstancias personales en modo alguno justifican privar a la menor de su derecho a vivir, a educarse y desarrollarse en compañía de su madre, privación de ésta que jamás entendería cuando alcanzase el grado de comprensión suficiente y tuviese un acceso no mediatizado al conocimiento de cuantas circunstancias quedan expuestas", porque aun en el peor de los casos, la situación de la madre no sería muy diferente, y en muchos mejor, que la de cualquier madre con alguna enfermedad o tara grave física respecto de la que no se plantearía ninguna privación de la tutela o guarda; porque para ser y ejercer como madre y actuar por tanto en beneficio de su hijo —asevera la Audiencia— no son necesarios tantos requisitos como se quieren invocar: basta con un claro afecto y sentido de responsabilidad unido a una actuación y comportamiento que no desmerezca; exigir más, a veces incluso lo que ni uno mismo puede dar, sería tanto como buscar a la mujer o madre perfecta, lo que supone un auténtico comportamiento de discriminación sexual en contra de la mujer.

En suma, concluye la Sala que no concurren ni nunca han concurrido en la madre circunstancias algunas que permitan valorar negativamente su relación con su hija, ni que por tanto tal relación perjudique el interés de la misma, sin que, en cambio, pueda decirse lo mismo respecto del padre, quien al reclamar la guarda ni siquiera lo hace para ejercerla por sí mismo, sino a través de sus familiares o de su actual compañera, petición que por sí misma se descalifica, amén del desinterés que siempre ha mostrado hacia la menor, todo ello naturalmente sin perjuicio del derecho de visita que le corresponda cuando la madre recupere la guarda, y también de su obligación alimenticia hacia la menor.

Conforme a la argumentación expuesta, y a la vista de lo actuado, concluye la Sala que procede la revocación de la resolución judicial recurrida, pero dada la especial naturaleza de los intereses en juego y el específico de la menor objeto de especial protección, para garantizar ésta, y evitar que se ponga en peligro a través de la mutación de situaciones personales a las que podría verse abocada mediante el juego de los sucesivos recursos judiciales, dicho interés pasa también porque lo acordado en esta resolución no sea algo meramente teórico, sino tangible, lo que conlleva la necesidad de que al revocarse la resolución y dictarse otra en sustitución, esta nueva sea lo suficientemente explícita y concreta de manera que en su ejecución se presenten los menores problemas y dudas posibles. Por ello, al acordar dejar sin efecto el acogimiento, dispone simultáneamente que la menor vuelva con su madre, cuya recuperación de guarda y custodia ordena, y que, a fin de evitarle un daño derivado del tiempo que lleva conviviendo con los acogedores y separada de su madre, siga un régimen transitorio consistente en transformar el acogimiento familiar en residencial provisional, a fin de que, al separar-

la de la familia acogedora e ir propiciando el acercamiento a su madre, no se le induzca a confusión entre ambas familias, acogimiento residencial cuya duración será la que aconsejen los informes y evaluaciones que deberán ir llevándose a cabo respecto de la evolución de las visitas que la madre ha de hacerle en tal centro. Especifica el Tribunal al acordar esto, que ya cuenta con que tal régimen transitorio "lógicamente alguna perturbación temporal va a ocasionar en la menor, pero que queda supeditada al mayor beneficio que la recuperación de su madre le producirá en el futuro, de ahí que el Tribunal no haya considerado necesario un informe pericial que valore la repercusión en la menor de tal medida".

2. **Razonamiento jurídico de la Audiencia para revocar el auto dictado, en ejecución de sentencia, por el Juzgado de 1.ª Instancia.**

En cuanto al fondo de la resolución recurrida del Juez de Primera Instancia, afirma la Sala que "se ha producido un directo y contundente incumplimiento por parte del Juez *a quo* de lo resuelto y acordado por este Tribunal *ad quem, y* que además ello se ha hecho con consciente y deliberada voluntad de que así fuera, actitud esta de rebeldía o negativa clara al cumplimiento" ostensible atendiendo al contenido del Auto recurrido y a los razonamientos en él plasmados. Frente a la claridad y taxatividad de lo acordado por la Audiencia en su momento, el Juzgado "se permite disentir de la forma de ejecución acordada por esta Sala, y frente a ella establece la suya propia, es decir, la que considera más ajustada al enfoque de los hechos, porque además no se está en el caso de que hubieran acaecido circunstancias nuevas que la Audiencia no hubiera podido enjuiciar por falta de conocimiento y que además tales circunstancias entraran en contradicción con lo resuelto por este Tribunal haciendo imposible la ejecución: nada de eso se ha producido, entre otras razones porque el juez *a quo* ni siquiera ha intentado dar principio a la ejecución en la forma acordada por la Audiencia, a saber el internamiento de la menor; es decir, no se trata de que iniciada la ejecución acaecieran hechos de relevancia tal que imposibilitara su continuación, hechos que tendrían que ser de gran trascendencia porque ya el juez venía obligado a fijar un plazo de valoración de las visitas bajo el régimen de internamiento."

Refuta asimismo la Audiencia la invocación que el Juez de instancia hace del art. 158.2 del CC, por no darse el supuesto de hecho para su aplicación, toda vez que la propia Audiencia amparó judicialmente a la menor siendo consciente de la posible perturbación que temporalmente podría causarla su decisión de internarla de inmediato en un centro de acogida, pero ponderándola con el mayor beneficio que supondría para ella la recuperación de la madre, de modo que "la invocación del Juez *a quo* del art. 158.2 y su postura soberanista respecto de la ejecución no puede conseguir ocultar lo que es una imposición de sus planteamientos por encima y en contradicción de los de la Audiencia por más que el razonamiento del Auto recurrido comience manifestando que la ejecución ha de respetar lo acordado por la Audiencia".

Infiere la voluntad de incumplimiento del Juez de Instancia de lo acordado por la Sala superior desde el mismo dictado del Auto de ésta, de 8 de marzo de 2001, habida cuenta de la serie de actuaciones por él producidas "que eran del todo punto innecesarias si lisa y llanamente se hubiera procedido" como ordenaba aquél.

Termina la Sección Sexta de la Audiencia Provincial deduciendo particulares en orden a la exigencia de responsabilidad del Juez *a quo y* concluyendo la reiteración del cumplimiento del Auto de 8 de marzo de 2001 "sin que a todo ello obste en absoluto lo al parecer nuevamente acordado en el Auto mandado unir a los solos efectos ilustrativos, no sólo porque respecto de él no podemos aquí pronunciarnos sino porque

proviene y trae causa de la resolución aquí recurrida que expresamente revocamos y dejamos sin efecto, quedando por tanto sin él todas sus consecuencias". Concretamente la parte dispositiva del Auto aquí recurrido en amparo, previa estimación del recurso de apelación y consiguiente revocación del Auto del Juzgado de Primera Instancia de fecha 22 de noviembre de 2001, acuerda:

"1.º Reiterar el exacto y estricto cumplimiento del Auto de esta Sala de fecha 8 de marzo de 2001.

2.º Ordenamos nuevamente el inmediato internamiento de la menor en el Centro de Acogida que designe la Junta de Andalucía, desligándose así de su familia acogedora.

3.º Que, partiendo de tal internamiento, en dicho Centro se lleven a cabo visitas y encuentros entre la madre biológica y la menor, lo que ha de tener lugar un mínimo de tres días no contiguos a la semana con una duración de cuatro horas; a los tres meses se incrementarán los contactos que serán diarios, aunque entonces podrá acortarse la duración de cada sesión; a los seis meses deberá efectuarse una valoración de la evolución y resultado a fin de determinar la fecha posible en que la menor pueda pasar a convivir con su madre, valoración que será hecha por psicólogo designado de mutuo acuerdo por las partes, y a falta de acuerdo por insaculación.

4.º Deducir testimonio suficiente de particulares y dar cuenta con ello al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y al Consejo General del Poder Judicial por si por parte del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla se hubiera incurrido en algún tipo de responsabilidad disciplinaria en la ejecución del Auto de esta Sala de fecha 8 de marzo de 2001, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad que las partes consideren que pueda existir.

5.º No hacemos especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta apelación."

3. **Alegaciones que se formulan en el recurso de amparo.**

La demanda de amparo presentada por los acogedores de la menor afirma vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE) por varios motivos. De un lado, por insuficiente motivación de la resolución impugnada, al no haber tenido en cuenta la Audiencia en el Auto que se impugna los razonamientos necesarios para la necesaria ponderación de los bienes y valores comprometidos en el caso, en particular el interés de la menor, concretamente en lo referido a los posibles perjuicios irreparables e irreversibles en su salud mental, recordando, además de las exigencias que en general ha señalado este Tribunal en relación con la motivación de las resoluciones judiciales, que, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental —como sucede en el caso, donde se encuentra en juego el derecho a la integridad física y moral de la niña— el estándar de motivación es más riguroso, según este Tribunal ha señalado. Por otro lado, el mismo derecho a la tutela judicial efectiva se afirma conculcado por impedimento del acceso a los recursos, puesto que se inadmitió un recurso de reposición que fue presentado —se afirma literalmente— dentro del plazo legalmente establecido, contra lo que asevera la Audiencia, que sufrió un error de cómputo que no se pudo subsanar, puesto que se inadmitió a trámite directamente mediante el Auto ahora objeto de impugnación. Asimismo se vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías por no actuar la Audiencia conforme determina el art. 117.4 de la CE, esto es, "en garantía de cualquier derecho", al inadmitir la Sala cuestiones nuevas en relación con los perjuicios irreparables que pudieran derivarse a la niña por su internamiento en un centro de acogida, sin la información precisa necesaria para tomar la decisión finalmente adoptada, información que, proporcionada por la actora cuando aporta el Auto del Juzgado de familia de

25 de julio de 2002, es desechada por la Audiencia. Finalmente, en cuanto se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, se entiende el mismo vulnerado en su vertiente del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, precisamente como consecuencia de la no admisión del Auto del Juzgado de Primera Instancia que se acaba de citar en calidad de prueba documental, Auto que resulta esencial para la ejecución en trámite, y que sólo se admite "a efectos ilustrativos" y sin dar traslado de él a las demás partes.

4. **Informe del Ministerio Fiscal.**

Previa sistematización de las vulneraciones aducidas por los demandantes de amparo en dos tipos, las relacionadas con distintas vertientes de la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 y 2 de la CE) y la referida al derecho material de la integridad física y moral de la menor (art. 15 de la CE), y afirmando que resulta inevitable conectar las primeras vulneraciones con la del derecho material ya que la infracción de aquéllos puede determinar también la de éste, como es doctrina reiterada de este Tribunal, apunta que en el presente caso es de destacar que a los demandantes de amparo, que presentan la demanda en su nombre propio y no como acogedores de la niña, únicamente les afecta la violación del derecho procesal, aunque sea necesario referirse también a la vulneración del derecho material para justificar la que puede haber sufrido la tutela judicial de las pretensiones de los acogedores.

Comenzando por las conculcaciones referidas a la tutela judicial efectiva, descarta como amparables las consistentes en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en su concreta vertiente del derecho a la prueba, y la del derecho de acceso al recurso. La primera porque la prueba que se pretendía aportar (el Auto del Juzgado de Primera Instancia en el que se venía a reconocer la imposibilidad de cumplir el Auto de la Audiencia en los términos en que el mismo había sido dictado) fue instada extemporáneamente, y la doctrina constitucional exige como presupuesto para la estimación de este tipo de pretensiones de amparo que la prueba denegada haya sido propuesta ajustándose a lo dispuesto por la ley, lo que consta que no ha ocurrido en el presente caso porque, como dice la Audiencia, el plazo para la presentación de documentos por parte del recurrido precluye con la impugnación del recurso (arts. 460 y 461.3 de la LEC de 2000), salvo que se tratase de una resolución judicial o administrativa notificada en fecha posterior, en cuyo caso su admisión se subordina por el art. 271.2 de la LEC de 2000 a que dichas resoluciones sean condicionantes o decisivas para la resolución que deba dictarse en el recurso, requisito que se considera no satisface la resolución judicial que se pretendía aportar porque la misma resultaba esencialmente idéntica a la que era objeto de impugnación; en suma, realmente la inadmisión no tuvo su origen en ninguna resolución judicial, sino en la falta de diligencia de la propia parte recurrente en amparo. La segunda, la vulneración del acceso al recurso, tampoco procede que sea estimada, porque, tratándose en el caso de un recurso en un proceso civil, el derecho al mismo carece de configuración constitucional, por lo que su ejercicio debe condicionarse al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, en la que, por lo que ahora respecta, se exige, entre otros, que la presentación del recurso se haga dentro del plazo de cinco días (art. 452 de la LEC de 2000), sancionándose en el propio precepto el incumplimiento de dicho requisito con la inadmisión del recurso, que fue en el caso la decisión acordada por la Audiencia, cuya resolución, por tanto, satisface suficientemente los cánones generales de constitucionalidad que emanan del art. 24.1 de la CE y que son aplicables a las resoluciones judiciales que acuerdan la inadmisión de un recurso, cuyos cánones son los de la motivación, la arbitrariedad y el error patente, que resultan cumplidos, según lo dicho, por la resolución recurrida.

Cosa distinta sucede, en cambio, con la vulneración de la tutela judicial efectiva por falta de motivación, pues, relacionada la misma con el derecho material a la integridad de la menor, el resultado es que debe otorgarse el amparo por tal motivo. Y ello porque, prohibido como se encuentra por nuestro Ordenamiento el maltrato infantil, para el que no es necesario que la lesión a la integridad moral del menor se haya consumado, bastando con que exista riesgo relevante de que la misma pueda producirse (STC 221/2002, FJ 3), y puesto que en tal noción de maltrato debe entenderse incluido el conocido por la doctrina como maltrato institucional, que comprende todas las modalidades de maltrato que se pueden derivar de la permanencia de los niños en centros de internamiento, lo que en el caso se tiene es que la situación de riesgo para la integridad de la niña fue apreciada por el Juzgado después de oír a las partes y de practicar los informes periciales correspondientes, siendo precisamente el deseo de evitar su aparición o, en su caso, su prolongación, lo que impulsó al Juez encargado de la ejecución a adoptar la decisión que adoptó. La Audiencia, sin embargo, al resolver el recurso planteado por la madre de la niña contra dicha forma de ejecutar la resolución que en su día dictó, no efectuó consideración alguna sobre la posibilidad de que se vulnerase tal derecho, sino que ordenó la ejecución estricta de lo acordado con anterioridad, es decir, el internamiento de la niña para iniciar el proceso de reinserción, prescindiendo de realizar cualquier consideración sobre las exigencias derivadas del interés de la niña, cuya superioridad proclama nuestra legislación desde que se efectuó la reforma de 1987. No siendo función de este Tribunal declarar cuáles sean las consecuencias derivadas del interés superior de los niños en un caso como el presente, ni siéndolo tampoco cómo debe ejecutarse una resolución judicial, cuestiones ambas de legalidad ordinaria, cuya aplicación e interpretación corresponde a los órganos del Poder Judicial *ex* art. 117.3 de la CE, sí lo es en cambio, una vez que se pide amparo frente a una resolución judicial que puede afectar a un derecho fundamental, concretamente al consagrado en el art. 24 de la CE en relación con el art. 15 de la CE, verificar si la resolución judicial en cuestión, además de expresar en Derecho las razones de su decisión, que es el ámbito propio del derecho a la tutela judicial efectiva, ha tomado en consideración la posibilidad de que, con su resolución, se menoscabara el derecho fundamental material al que dicha resolución se refería. Y ello no ha sido realizado en el presente caso, pues en el Auto resolviendo el recurso, la Audiencia únicamente se refiere a la necesidad de ejecutar en sus propios términos la resolución que en su día dictó sin hacer referencia alguna a la posibilidad, para descartarla, de que, como consecuencia de la ejecución estricta de lo acordado, se pudiera vulnerar el derecho fundamental en cuestión.

Tal forma de resolver el recurso planteado y de ordenar la ejecución del Auto que en su día se dictó acordando la reinserción de la niña en su familia de origen, vulnera, pues, el derecho a la tutela judicial efectiva y, a través del mismo, el derecho material a cuyo servicio aquél se encuentra en el presente caso, ya que no toma en consideración elementos de la realidad que habían tenido acceso al proceso, por lo que, realmente, la resolución judicial en cuestión no es, en expresión acuñada por este Tribunal, una expresión de la justicia, sino una mera apariencia de la misma, que es incompatible con el contenido del art. 24 de la CE. Y es que, cuando se trata de procesos que tienen por objeto controversias pertenecientes al Derecho de Familia que afectan a las relaciones personales de sus componentes, las resoluciones judiciales que se dicten deben tomar en consideración no solamente las circunstancias establecidas en el momento de clausurarse la fase de alegaciones y prueba, sino también las que, con posterioridad, hubiesen tenido acceso al proceso y respecto de las cuales se hubiese atendido a las

exigencias que derivan del principio de contradicción, pues solamente de esa forma se produciría, en los casos en que ello sea posible, una verdadera solución del conflicto.

En consecuencia, como quiera que los recurrentes presentan su recurso en nombre propio y no en el de la menor, siendo la justicia de este Tribunal rogada, procede otorgar el amparo declarando, en primer lugar, que se ha vulnerado el derecho de don Manuel M. T. y de doña Juana H. J. a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE), y en segundo lugar, anulando el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 31 de octubre de 2002, recaído en el rollo de apelación 2576/2002.

5. **Alegaciones de la Junta de Andalucía.**

El 9 de diciembre se registra escrito de la Junta de Andalucía conteniendo sus alegaciones, que concluyen interesando el otorgamiento del amparo y la anulación de la resolución judicial impugnada por los recurrentes, al violar la misma diversos derechos fundamentales.

En primer lugar, el derecho a la integridad física y moral de la menor consagrado en el art. 15 de la CE, por resultar materialmente lesiva de la misma la medida de internamiento ordenada por la Audiencia Provincial, con la consiguiente separación de las personas con las que hasta el momento venía conviviendo en acogimiento, toda vez que la protección que ofrece nuestro texto constitucional ha de incluir no sólo una vertiente negativa, sino también una positiva de protección ante el riesgo jurídicamente relevante, contra lo que entiende la Audiencia Provincial de Sevilla en el Auto recurrido, en el que tan sólo concibe la protección de los derechos fundamentales una vez que el peligro se ha consumado convirtiéndose en daño efectivo. Por lo demás, la razón que se esgrime por el Auto impugnado, y hecha en consecuencia valer por la madre biológica de la menor, que es el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, parte de una premisa procesal errónea, por cuanto en sede de jurisdicción voluntaria no existe efecto de cosa juzgada material y, por lo tanto, ante nuevas circunstancias, nuevo puede ser cualquier pronunciamiento judicial, sin que pueda considerarse tal decisión del juzgador de instancia como una mera continuación de la situación anterior, conforme a las previsiones de los arts. 1811 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, dato este esencial en la resolución del amparo planteado. Y es que los procesos sobre protección de menores son extraordinariamente flexibles (permitiéndose en ellos formular alegaciones y presentar documentos en cualquier momento antes de dictarse la resolución definitiva: art. 1816 de la LEC), y no vedan el replanteamiento de la cuestión si concurren hechos nuevos susceptibles de reabrir el debate, con toda lógica, pues, en primer lugar, lo que en ellos se ventilan son conflictos que siempre hacen referencia a situaciones vitales en las que está ínsita la posibilidad de recuperación del ser humano *(v. gr.* desintoxicación de una madre drogadicta), y, en segundo término, porque no cabe olvidar que los menores crecen, y que conforme avanza su edad cambian sus necesidades y se conforma poco a poco su discernimiento, alcanzando cada vez mayores cotas de capacidad de obrar hasta la consecución de la mayoría de edad *(v. gr.* arts. 48, 92 ó 177 del CC). En el presente caso, ante la súplica de la menor y el dictamen pericial de los funcionarios de la Administración de Justicia, el juzgador de instancia aplicó la previsión legal del art. 158 del CC en sede de jurisdicción voluntaria, evitándole a aquélla los peligros psíquicos que sobre ella se cernían al decir de los expertos y protegiendo el ejercicio de los derechos fundamentales de la misma. En suma, los derechos constitucionales de la menor fueron vulnerados por el juzgador ordi-

nario, desde el momento en que no procedió a su protección, al enfrentar el derecho fundamental a la integridad física y moral de la menor con un inexistente derecho fundamental a la ejecución de una resolución judicial firme, y otorgar preferencia a este último.

Por otro lado, se viola por la Audiencia el derecho reconocido en art. 15 de la CE en cuanto afirma que "no consta la existencia de peligro grave real para la salud de la menor si la ejecución se lleva a cabo en la forma acordada", esto es, saliendo del entorno familiar en el que actualmente se encuentra e internándola en centro de acogida, sin contar con la existencia de informe psicológico que confirme dicha aseveración, y defendiendo además esta posición sobre la base de que tal es la lectura que debe hacerse de la firmeza del Auto de la Sala de 8 de marzo de 2001, y de que cualquier quebranto de la integridad psíquica que se postule lo será en mera hipótesis o en ejecuciones distintas de la acordada. Recuerda en tal sentido la Letrada de la Junta de Andalucía nuestra jurisprudencia en un caso reciente sumamente similar al que ahora se presenta, resuelto por la STC 221/2002, de 25 de noviembre, conforme a la cual no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que, a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado, basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, así como la jurisprudencia relativa a la especial necesidad de especificación del juicio de ponderación entre los derechos fundamentales confrontados en cada caso para así hacer efectiva la exigencia de proporcionalidad (STC 123/1997, de 1 de julio, FJ 3).

En realidad, la manifiesta infracción del art. 24 de la CE tiene lugar, en relación con la menor, por vulneración del derecho de defensa en su vertiente de práctica de la prueba y por inexistencia de motivación adecuada de la resolución judicial que se impugna, pues, de un lado, la resolución impugnada resulta arbitraria al haberse dictado sin contar con la existencia de ninguna otra prueba en el incidente que la generó, negando apriorísticamente todo valor a la presentada en base a criterios aún ignotos, lo que coloca a la menor en situación de indefensión al verse privada de una adecuada motivación y fundamentación de los razonamientos científicos utilizados por el juzgador de la Audiencia Provincial para llegar a la conclusión de que no se ha de producir el daño psíquico alertado.

Finalmente, se añade que el Auto recurrido en amparo incurre en infracción del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor, en relación con los arts. 10 y 14 del texto fundamental, toda vez que omite cualquier referencia a la comparecencia celebrada ante el Juez de Primera Instancia, en la que la menor de nueve años manifiesta sus deseos familiares y de vida futura, y ello produce directamente la vulneración del derecho que los menores tienen, siempre que posean suficiente juicio, a ser escuchados en aquellos asuntos que afecten a sus propios intereses, cobrando además especial relieve en los supuestos en que puedan existir diversidad de intereses entre los padres y los hijos. Sin pretender que haya de primar siempre la opinión del hijo sobre la del progenitor en caso de conflicto, pues es evidente que la casuística ha de jugar un importantísimo papel en tales supuestos, afirma la representante de la Administración que tampoco de plano, generalizando y a *priori* debe anularse la importancia de este mecanismo constitucional diseñado por el legislador orgánico para la resolución de este tipo de conflictos so pretexto de la falta de capacidad de los menores, porque ello es tanto como hacer inoperante este mecanismo constitucional. En el caso, la negación a la menor del derecho de defensa comporta, respecto de los que se le reconocen al resto de los españoles mayores de edad de forma directa, una violación del derecho de igualdad, y ello, en definitiva, tanto desde la vertiente jurídico-objetiva de los derechos fundamentales como desde la subjetiva.

6. **Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional.**

A) Antes de introducirnos en el análisis de las vulneraciones de derecho aducidas, procede aclarar una afirmación realizada por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, en relación con la titularidad de los derechos en juego en el presente recurso y su repercusión en el eventual fallo estimatorio con el que a su juicio debiera terminar, puesto que afirma que el recurso es interpuesto por los solicitantes de amparo "en su nombre propio y no como acogedores de la niña", de modo que "únicamente les afecta la violación del derecho procesal, aunque sea necesario referirse también a la vulneración del derecho material (a la integridad física y moral de la menor) para justificar la que puede haber sufrido la tutela judicial de las pretensiones de los acogedores". En consecuencia, mantiene el Fiscal que, siendo la justicia de este Tribunal rogada, lo que procede es otorgar el amparo declarando —en lo único que ahora importa— únicamente que se ha vulnerado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva, sin hacer referencia en la parte dispositiva a las posibles vulneraciones sufridas por derechos de los que sea titular la menor.

En este sentido, conviene aclarar que el tema debatido, tanto ante la Audiencia Provincial de Sevilla como ante el Juzgado, se refiere a la atribución de la guardia y custodia de la menor Montserrat E. R. Como queda dicho, entiende la Audiencia Provincial que éstas deben pasar a su madre biológica, adoptando medidas para la realización práctica de tal decisión. Por el contrario, el Juez de familia considera imposible la ejecución de lo acordado, decretando la permanencia de la niña con la familia de acogida, en una decisión que es revocada por la Audiencia.

En esta situación se presenta recurso de amparo constitucional, solicitando mediante otrosí la suspensión de la revocación a que se acaba de aludir, suspensión acordada por este Tribunal y que comporta la momentánea permanencia de la menor en la situación determinada por el Juez de familia. De este modo, la situación jurídica que se tiene resulta ser la continuación fáctica de la convivencia de la menor con los acogedores, quienes, sin embargo, no disponen de la posibilidad de su representación legal, pues hay una decisión judicial firme que determina que la guardia y custodia de la menor corresponde a la madre biológica, además de otra decisión anulatoria del acogimiento permanente que, en fase de ejecución, decretó el último Auto dictado por el Juez de familia.

Así las cosas, resulta coherente que la representación de los recurrentes no explicite en el encabezamiento del recurso que lo interpone en nombre y representación de la menor y que tampoco en el suplico especifique la titularidad de los diversos derechos que se nos pide que declaremos vulnerados (entre ellos el derecho a la integridad física y moral), pues, jurídicamente, no dispone de la posibilidad de actuar en nombre y representación de la niña.

Ahora bien, que ello sea así no impide que los recurrentes puedan acudir a esta sede impetrando un amparo frente a la violación que estiman padecida de derechos propios porque tal violación resulte de la conculcación de los derechos de la menor que, pese a las resoluciones judiciales contrarias a la pretensión de mantenerla consigo, sigue de hecho con ellos, de modo que no puede considerarse que se hayan desentendido de la defensa de sus derechos e intereses. Estamos así ante un supuesto de "disociación entre legitimación y titularidad del derecho fundamental" que, en los expresivos términos de nuestro ATC 232/2000, de 9 de octubre, se traduce en que "está legitimada para recurrir en amparo toda aquella persona cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por la violación, por obra del poder, de un derecho fundamental, aunque la violación no se produjese en su contra" (FJ 1).

En el presente supuesto, como se ha visto en los antecedentes y como se analizará con el pormenor necesario en cada caso, hay dos derechos en juego que indiscutiblemente

son de la menor. Uno, el derecho fundamental sin duda más esgrimido, tanto por los recurrentes como por la representación de la Junta de Andalucía y el propio Ministerio Fiscal, que es el derecho material a la integridad física y, sobre todo, moral, que en ningún caso es referido a los demandantes de amparo sino, siempre y por todos los antes citados, a la menor. El otro, al que aluden los actores y, especialmente, la Letrada de la Administración interviniente, es la defensa de la menor en su vertiente del derecho a ser oída en el proceso.

Pues bien, es precisamente la fundada posibilidad de lesión del primero la que se tuvo en cuenta de forma única y exclusiva para suspender la resolución judicial aquí impugnada, mediante el ATC 273/2003, de 22 de julio, y ello a instancias, entre otros, del propio Fiscal ante este Tribunal que afirmó que procedía "la suspensión de la ejecución del Auto recurrido porque, aunque los demandantes de amparo son los acogedores, es obvio que formulan su pretensión, tanto ante este Tribunal como en las instancias judiciales, en defensa de la niña que tienen en acogimiento, la cual, como se refleja en los antecedentes de hecho, se encuentra con ellos ininterrumpidamente desde, al menos, el año 1997, por lo que su internamiento, que pericialmente está acreditado que le acarreará efectos perniciosos, supone una modificación de su entorno familiar sustituyéndolo por el del centro de acogida, el cual nuevamente tendría que ser sustituido si, por otorgarse el amparo, se anulara la resolución judicial que acuerda que se lleve a cabo dicho internamiento" (antecedente 7).

De tal modo, ha de concluirse que el presente supuesto resulta una muy singular excepción a la regla general de que "el carácter esencialmente subjetivo del recurso de amparo (STC 83/2000, de 27 de marzo) determina que el mismo esté establecido para la reparación de vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas concretamente producidas a los recurrentes, que son los únicos que, salvo excepciones (...) pueden conseguir en esta sede constitucional la protección del propio derecho" (STC 30/2001, de 12 de febrero, FJ 4). De no entenderse así, en hipótesis similares a ésta nunca cabría aplicar el mecanismo de la suspensión previsto en el art. 56 de la LOTC pues, como demuestran los casos de la misma índole habidos hasta la fecha, la concesión de la suspensión no puede tener otro motivo que el peligro fundado de conculcación del derecho a la integridad física o moral de los menores objeto de disputa, cuyo interés es prevalente.

Resulta imposible desconocer lo que resulta evidente, y es que los derechos en juego en este tipo de procesos de los que sean titulares los menores han de considerarse inescindibles de los de los recurrentes, por la elemental razón de que constituyen su razón de ser sustantiva, hasta el punto de que carecerían de sentido recursos como el aquí planteado si se fundasen en un interés exclusivo de quienes los interponen (padres naturales, adoptivos, acogedores, guardadores de hecho, etc.): en estos casos, su interés no resulta diferenciable del que ellos estiman interés de los menores por cuya guarda y custodia litigan. Ésa es la explicación de que, entre el encabezamiento y el suplico, absolutamente todo el contenido de la demanda de amparo que se presenta en el supuesto que hemos de resolver, incluso cuando se argumenta sobre la vulneración del derecho propio de los recurrentes —a la tutela judicial efectiva por falta de motivación del Auto impugnado—, tiene por única y exclusiva referencia a la menor. Aún más, la interpretación que se mantiene resulta especialmente idónea para evitar cualquier situación de desvalimiento material de los menores, contrario a su interés superior.

En suma, y en lo que en este momento interesa, hay que entender que es indiferente que los derechos aducidos correspondan a los recurrentes (como manifiestamente sucede en el caso del derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que han sido parte en el procedimiento judicial previo) o

a la menor (como resulta patente en el caso del derecho a la integridad física y moral), a los efectos de constatar en esta sede si éstos han sido efectivamente vulnerados, para proceder a su oportuna reparación.

B) Aclarado lo anterior, cabe ya entrar en el análisis de los concretos derechos fundamentales que la demanda de amparo afirma vulnerados, comenzando, como impone "la lógica de la subsidiariedad" del amparo (STC 126/2003, de 30 de junio, FJ 3), por las vulneraciones que se aluden de ciertos derechos procesales que tienen acogida en el art. 24 de la CE, constatándose que todas ellas están relacionadas con la decisión de la Audiencia de no admitir el Auto dictado por el Juez de familia el 25 de julio de 2002 como prueba documental, tal y como pretendían los recurrentes en amparo, sino unirlo a las actuaciones únicamente "a efectos ilustrativos", decisión adoptada por providencia de 4 de octubre de 2002, contra la que se interpuso recurso de reposición por aquéllos. La inadmisión de dicho recurso es la que genera la queja referida a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos. Ahora bien, lo cierto es que la demanda de amparo no desvirtúa en ningún momento la respuesta que a dicha queja da el primero de los fundamentos de Derecho del Auto impugnado, conforme a la cual la presentación del recurso fue extemporánea. Así lo evidencian los propios recurrentes cuando afirman haber recibido la notificación de la providencia antes citada el 8 de octubre y haber interpuesto el recurso de reposición el día 16, frente a lo que dispone el art. 452 de la LEC aplicado por la Sala. La no desvirtuación de este razonamiento hace que hayamos de rechazar en este punto la vulneración del mencionado derecho.

Por otra parte, el contenido de la decisión cuestionada, consistente en inadmitir como prueba documental el citado Auto del Juzgado de Primera Instancia de 25 de julio de 2002, adjuntándolo a las actuaciones sólo "a efectos ilustrativos", supone —al entender de los recurrentes— una vulneración del derecho a la prueba; al mismo tiempo, en cuanto ello comporta la imposibilidad de conocer en apelación de cuestiones nuevas que se han producido con posterioridad a la interposición del recurso, la resolución en cuestión vulneraría también su derecho a un proceso con todas las garantías.

Pues bien, el derecho a la prueba no puede entenderse vulnerado de acuerdo con nuestra jurisprudencia, según la cual estamos ante un derecho de configuración legal, lo que comporta como requisito previo inexcusable el que la presentación de las pruebas se haya realizado en el momento procesal oportuno. Del mismo modo este Tribunal ha insistido en que estamos ante un derecho de carácter limitado, lo que se traduce en la posibilidad de denegar la admisión de la prueba por el órgano jurisdiccional si su decisión no es arbitraria o irrazonable, muy en particular si se argumenta la carencia de relevancia de la prueba solicitada en relación con la decisión a adoptar (por todas, STC 168/2002, de 30 de septiembre, FJ 3, y las muy numerosas en ella citadas en relación con la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la prueba).

En el caso que nos ocupa la Audiencia afirma la improcedencia de la admisión del escrito en el que se proponía como prueba el citado Auto del Juzgado de familia de 25 de julio de 2002, por no haberse presentado el mismo conforme determina la Ley de Enjuiciamiento Civil para la presentación de escritos en sede de apelación, no en sede de instancia como pretendía la actora, lo que revela una diferencia en la interpretación de la legalidad procesal ordinaria; y, como hemos dicho, "la interpretación (...) de la entera legalidad procesal [es] competencia de los Jueces y Tribunales ordinarios" (STC 112/2001, de 7 de mayo, FJ 2, y las diversas en ella aludidas en la misma línea).

En cuanto a la incidencia del Auto citado en la decisión que se ha de adoptar, razona la Audiencia su nula influencia a los efectos del art. 271.2 de la LEC, porque dicho Auto se dictó sobre la base y partiendo del que se cuestionaba en el recurso de apelación que

iba a resolver (al que finalmente revocó y dejó sin efecto), lo que suponía hacer supuesto de la cuestión. Pues bien, con independencia de lo que luego pueda decirse en relación con la información contenida en dicho Auto y su eventual influencia en el desarrollo de la causa, tal argumentación no puede, evidentemente, ser reputada de arbitraria o irracional respecto de la concreta pretensión de que se admitiese como prueba documental el Auto aportado por los recurrentes. Tanto más cuando la Audiencia centró su decisión sobre el comportamiento del órgano judicial inferior que estimaba en flagrante incumplimiento de una previa decisión de la misma Audiencia.

Tampoco cabe entender conculcado el derecho a un proceso con todas las garantías en tanto en cuanto dicha conculcación se hace consistir por la actora en que "la Sala no admite cuestiones nuevas" y en que los únicos efectos reconocidos por la misma al Auto que se pretendía aportar como prueba sean "efectos ilustrativos", cuando tal tipo de efectos no se prevén en la Ley de enjuiciamiento civil, puesto que, como es palmario, lo que bajo la veste de tal violación se alega es en realidad la reiteración de la queja por no haber considerado la Audiencia como verdadera prueba el tan aludido Auto de 25 de julio de 2002, cuestión a la que acabamos de hacer detallada referencia, descartando que constituyera vulneración del derecho a la prueba.

En suma, y en coincidencia con el Ministerio Fiscal, se ha de concluir, de acuerdo con los razonamientos expuestos, que ninguna de las tres vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva hasta aquí reseñadas pueden considerarse vulneradas.

C) Resta por examinar, entre las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva aducidas por la parte actora, la ausencia de motivación del Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla impugnado, vulneración necesariamente unida al derecho fundamental material que también se alega como conculcado, que es el derecho a la integridad física y moral de la menor. En efecto, se afirma la carencia de motivación atendiendo a que, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con la limitación de otro derecho fundamental, como sucede en el caso que se nos presenta, el canon de motivación es un canon especialmente reforzado, según tiene señalado este Tribunal, lo que exige explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en juego para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia, como es también jurisprudencia constitucional. Pues bien, conforme con lo que se acaba de decir, el Auto recurrido en amparo no satisface, a juicio de los actores, el derecho a una resolución motivada, pues ni exterioriza las razones acerca de si concurre, o no, el presupuesto de hecho habilitante de la adopción de medidas de protección —los perjuicios irreparables e irreversibles en la salud mental de la niña—, ni tampoco pondera o justifica que, aun concurriendo dicho presupuesto fáctico, no procedan dichas medidas protectoras atendiendo a las circunstancias concretas del caso y a otros valores o bienes jurídicos comprometidos en la decisión.

El Ministerio Fiscal comparte tal parecer, viniendo en síntesis a razonar que, mientras el Juzgado de familia valoró el riesgo para la integridad de la niña tras oír a las partes y practicar los informes periciales correspondientes, la Audiencia no efectuó consideración alguna sobre tal riesgo, limitándose a entender la cuestión como un incumplimiento de una resolución judicial propia y procediendo, en consecuencia, a ordenar la ejecución estricta de lo ordenado con anterioridad.

En el mismo sentido abunda la representación de la Junta de Andalucía, que subraya la no toma en consideración de las circunstancias de hecho acaecidas con posterioridad al Auto de instancia objeto de apelación, lo que necesariamente supone arbitrariedad, al tiempo que manifiesta la falta de

motivación de la decisión adoptada por la Audiencia.

D) Atendida la argumentación del Auto aquí recurrido, este Tribunal ha de convenir con los recurrentes y con los citados intervinientes en este proceso en que ha tenido lugar en el presente caso una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia de motivación de la resolución impugnada en lo que afecta al fondo material de la cuestión resuelta. Es cierto que el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 31 de octubre de 2002 no sólo contiene una motivación, sino que ésta es extensa, como subraya la representación de la madre biológica de la menor. Ahora bien, tan cierto como lo anterior es que tal motivación gira exclusivamente alrededor de una única finalidad, que es la de mostrar lo que, a juicio del órgano *ad quem,* ha resultado un incumplimiento de su resolución inicial, tan flagrante como deliberado, por parte del Juez de instancia acordando, en consecuencia, en lo que ahora interesa, lo siguiente: "1) Reiterar el exacto y estricto cumplimiento del Auto de esta Sala de fecha 8 de marzo de 2001. 2) Ordenamos nuevamente el inmediato internamiento de la menor en el centro de acogida que designe la Junta de Andalucía, desligándose así de su familia acogedora." Ciertamente el punto 3 de la parte dispositiva del Auto, en lo que constituye una contradicción con la literalidad del punto 1, establece, como puede comprobarse en los antecedentes, un régimen temporal de relaciones entre la niña y su madre que no es el mismo que estableció en la misma Sección en su Auto de marzo de 2001 (con la relevancia que más adelante se verá que tiene tal novedad), pero ello no se refleja en la motivación que se vierte en el Auto; motivación que constituye el objeto de reproche de los recurrentes, del Ministerio Fiscal y de la Letrada de la Administración.

La Audiencia Provincial, pues, circunscribe sus razonamientos en la resolución que se impugna a contestar los argumentos del Auto del Juzgado de familia recurrido, de 22 de noviembre de 2001, desde la estricta perspectiva objetiva del incumplimiento que supuso de la anterior decisión de la misma Sala de 8 de marzo de 2001 que aquél decía ejecutar, concluyendo que, habida cuenta de que la motivación contenida en éste desvirtuaba los fundamentos del citado Auto de 22 de noviembre dictado por el Juez inferior, lo que procede es —según acabamos de transcribir— el exacto y estricto cumplimiento de lo inicialmente acordado por el propio órgano *ad quem:* en sus precisos términos, "[respecto de] la revocación, no puede traer otra consecuencia que la de reiterar el cumplimiento del nuestro Auto de 8 de marzo de 2001 en sus propios literales términos como contempla el art. 18 de la LOPJ y el art. 24 de la Constitución" (fundamento de Derecho cuarto del Auto aquí impugnado).

Tal modo de proceder de la Audiencia es especialmente criticado por la Letrada de la Junta de Andalucía, en razón del tipo de jurisdicción en cuyo seno tiene lugar el proceso en el que se evacuó el Auto aquí recurrido, que es la jurisdicción voluntaria, pues en ésta —afirma la representante de la Administración— no tiene lugar el efecto de cosa juzgada material al quedar siempre abierta la posibilidad de reabrir las causas si advienen nuevas circunstancias, y justamente por ello la normativa pertinente de la Ley de enjuiciamiento civil, el art. 158.2 del CC y la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, configuran un procedimiento extraordinariamente flexible con posibilidad de formular alegaciones y presentar documentos en cualquier momento antes de dictarse la resolución definitiva (art. 1816 de la LEC), en el momento en que surjan.

Sin embargo, la naturaleza de tal jurisdicción, en casos como el que aquí nos ocupa, tiene una importancia sólo relativa, pues ya "en la STC 71/1990 quedó sentado, con carácter general, que no es determinante que el procedimiento seguido por los Tribunales para resolver sobre los derechos de los pro-

genitores sobre sus hijos sea singular o especializado, en relación con otros procedimientos establecidos en las leyes procesales comunes, ni aun cuando se desarrolle conforme a reglas carentes del rigor y formalismo propio de tales procedimientos comunes. Lo determinante es precisar si, en el procedimiento objeto de la demanda de amparo, se han respetado las garantías procesales básicas que protege la Constitución en su art. 24 (STC 76/1990, FJ 6.5)" (STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 6); e igualmente hemos señalado —como los propios solicitantes de amparo recuerdan en su demanda— que: "A estas razones es preciso añadir que, al encauzar el conocimiento judicial de estas controversias sobre la situación familiar de los menores a través de procedimientos tan flexibles, sean o no caracterizables en sentido estricto como ejercicio de la jurisdicción voluntaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil transparenta su intención de servir importantes fines", resultando que el "fin al que sirve el carácter informal e incisivo del procedimiento consiste en procurar que el Juzgado obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a acordar resultará beneficiosa para el menor, cuyos intereses son prevalentes (arts. 172.4, 173.2 *in fine,* 174 y 176.1 del CC y art. 1826 de la LEC)" (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 3).

Por tanto, dejando de lado las singularidades procesales que puedan darse en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, así como —según se acaba de apuntar— si los mismos pueden seguir siendo caracterizables en rigor cuando las pretensiones de las partes son tan encontradas como en el supuesto del que este amparo trae causa, en lo que en este momento interesa reseñar resulta indudable la legitimidad de la argumentación del órgano colegiado cuya decisión se recurre, dirigida al cumplimiento de su resolución originaria, que estima clamorosamente incumplida por el juzgador de instancia. Tal legitimidad se aprecia, de un lado, desde la perspectiva subjetiva, a la que se refiere la Letrada de la Administración en sus alegaciones cuando reprocha a la Audiencia que contemple menos favorablemente los derechos de la menor que el "derecho a la tutela judicial efectiva de la madre en su vertiente a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes" (si bien ni la Audiencia, ni tampoco la propia representación de la madre biológica de la menor, aluden en sus argumentaciones específicamente a tal derecho), pues hemos dicho que el cumplimiento de las resoluciones firmes integra el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes las han obtenido a su favor, desde el instante en que la tutela judicial reconocida en el art. 24.1 de la CE "se califica por la nota de efectividad" (STC 1/1981, de 26 de enero, FJ 1), de modo que únicamente con el cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes "el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria" (STC 61/1984, de 16 de mayo, FJ 1); esto es, sin ejecución las resoluciones últimas de los Jueces y Tribunales "no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna" (STC 107/1992, de 1 de julio, FJ 2).

De otro lado, también es legítima la argumentación del Auto aquí impugnado desde la perspectiva realmente contemplada por la Audiencia, que es la objetiva, ya que, según hemos señalado, "el cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional constituye una 'exigencia objetiva del sistema jurídico' y 'una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho' (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 3), pues implica, entre otras manifestaciones, 'la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos judiciales, no sólo juzgando sino también haciendo ejecutar lo juzgado' (STC 107/1992, de 1 de julio, FJ 2, con cita de las SSTC 67/1984, de 7 de junio, y 92/1988, de 23 de mayo)" (STC 73/2000, de 14 de mayo, FJ 10).

Resulta singularmente oportuno insistir en la legitimidad del razonamiento de la Audiencia Provincial en el Auto impugnado cuando señala que en los procesos de la índole del presente, el transcurso del tiempo tiene una importancia absolutamente trascendental, pues con relativa facilidad ese mero transcurrir temporal puede hacer irreversibles determinadas situaciones fácticas que jurídicamente se pretendieron evitar cuando quizá era aún posible o, al menos, cuando había más probabilidades para ello. En tales casos, bastaría con acudir al sencillo expediente de demorar la ejecución de lo acordado en el momento oportuno por el órgano judicial competente (que tal demora sea deliberada o no es lo de menos a efectos de este razonamiento) para que, por la vía de los hechos consumados (y pocas consumaciones fácticas mayores que las que determina el paso del tiempo) la tutela judicial administrada de una determinada forma se vea desvirtuada, quedando la efectividad de dicha tutela judicial (garantizada por el art. 24.1 de la CE) al albur de los órganos judiciales o administrativos encargados de la ejecución, y no al de los órganos a los que el Ordenamiento les atribuye la competencia para decidir el asunto.

E) Dicho todo lo anterior es, sin embargo, evidente que, en el caso concreto del que deviene esta demanda de amparo, y en lo que a éste importa en función de su *petitum,* la ejecución de la resolución recaída en los términos acordados por la Audiencia en su Auto de 8 de marzo de 2001 fue objeto de un proceso que se dilató en el tiempo de modo tal, que entre el mismo y el ahora recurrido de 31 de octubre de 2002, que conmina de nuevo a la estricta y exacta ejecución de aquél, ha transcurrido más de un año y medio. Seguramente en procesos que tengan otro tipo de objeto, más estático, ese transcurso temporal no tendría excesiva repercusión o, con bastante probabilidad, los perjuicios causados por una demora de tal entidad pudieran ser compensados de uno u otro modo. Sin embargo, en el muy peculiar proceso del que trae causa la solicitud de amparo que se nos presenta, que tiene por objeto la determinación del que vaya a ser el núcleo familiar de una menor, pretendida por su madre biológica frente a quienes han sido durante varios años sus acogedores, el transcurso de tal lapso de tiempo ha podido tener una importancia trascendental. En tal sentido no puede dejar de señalarse que la Audiencia alude en el Auto impugnado en más de una ocasión a la ausencia de circunstancias nuevas, pero lo hace refiriéndose siempre a las existentes en el momento de dictar el Auto originario de marzo de 2001: así, en particular, apunta que el acuerdo que adoptó el Juez de familia, de "exploración de la menor (...) con presencia y valoración de psicólogo (...) constituyó, aunque se diga que no, una auténtica pericial sobre cuya innecesariedad ya esta Audiencia se había manifestado en el Auto cuya ejecución se ha negado" (fundamento de Derecho tercero); y, previamente, que "no se trata de que iniciada la ejecución acaecieran hechos de relevancia tal que imposibilitaran su continuación" (fundamento de Derecho segundo).

Ocurre, sin embargo, que pudiendo ser acaso efectivamente cierto que de hecho no hubieren sobrevenido circunstancias nuevas tras el Auto de la Sala de marzo de 2001, que determinaba el modo de ejecución del reintegro de la menor a su madre biológica, cuestión en la que aquí no procede entrar, de lo que no cabe duda es de que, entre los dos momentos en que la Audiencia dicta sus dos Autos (marzo de 2001 y octubre de 2002 respectivamente), sí se había alterado el contexto del presente supuesto, pues indefectiblemente debe considerarse alteración del *status* previo de la menor el mero transcurso de un año y medio, largo en su breve existencia, con la consiguiente natural evolución de su conocimiento y voluntad en una edad crítica para la formación del propio juicio o razón, en la que la mente progresa como no vuelve a hacerlo a edades más avanzadas.

Por lo demás, atendidas las concretas circunstancias del caso, plasmadas en el Auto del Juez de familia de 22 de noviembre de 2001, y en particular en el posterior Auto del mismo Juez de 25 de julio del año siguiente, se constata perfectamente que en ese espacio temporal se produjeron una serie de actuaciones, judiciales y materiales, en relación con la menor que indudablemente hubieran debido ser tenidas en cuenta por el órgano judicial superior a la hora de emanar el Auto que ahora se impugna en esta sede. En efecto, no cabe admitir que el segundo de aquellos Autos no pudiera ser tomado en consideración, al traer su razón de ser del primero que la Audiencia anula, pues lo cierto es que, con independencia de que pudiera ser inadmitido en su calidad de prueba documental pretendida en su momento por la actora, la Sección se ilustró —por utilizar la terminología de su propia providencia— con su contenido material, de suerte que tuvo acceso a los datos que en él figuraban, a saber: que el Juez encargado de la ejecución acordó ésta en la forma que lo hizo tras conocer los informes del centro en el que se celebraron los encuentros entre la menor y su madre biológica y los informes psicológicos —ratificados—, así como tras haber explorado a la niña.

Lo que se acaba de exponer no supone toma de posición alguna de este Tribunal en la disputa de pareceres entre el Juzgado de familia y la Audiencia, sino sólo la constatación de las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva de quienes pretendían el mantenimiento del Auto del primero de los órganos citados. Con total independencia de las medidas que el órgano *ad quem* considerara oportuno tomar en relación con lo que entiende manifiesto y deliberado incumplimiento por el órgano *a quo* de lo por él acordado mediante el Auto de febrero de 2001, en lo que hace al objeto del amparo que se nos solicita ha de concluirse, forzosamente, que la Audiencia no debió dejar incontestadas las razones sobrevenidas esgrimidas por el Juez ejecutante y hechas suyas por los recurrentes en amparo, como exigencia inexcusable antes de adoptar su decisión, cualquiera que fuera ésta. Al no haberlo hecho así, la Audiencia quebrantó el deber de motivar las resoluciones judiciales, y con ello, del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, en cuanto derecho a obtener respuesta sobre el fondo de las pretensiones planteadas, siempre que éstas no resulten acreedoras de su inadmisión *a limine* (por todas, STC 3/2001, de 15 de enero, FJ 5).

F) Además de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se acaba de constatar, procede hacerse eco de otra más evidente, que es la indefensión que se le produjo a la menor Montserrat E.R. al no haber sido oída durante la alzada que resolvió la Audiencia. Se trata de una lesión que, aunque la demanda no especifica de forma autónoma, sí alude a ella al relatar los hechos (cuando apunta que el Juez de familia decidió sobre la menor "con audiencia de las partes" —hecho tercero—, mientras que la Audiencia "durante la tramitación del rollo de apelación no llama a la menor para verla u oírla" —hecho cuarto), y sobre la que la Letrada de la Junta de Andalucía argumenta extensamente.

En efecto, la indefensión producida por falta de audiencia de la menor queda documentalmente acreditada en la providencia de la Sección Sexta de la Audiencia de 27 de junio de 2002, que literalmente afirma que "[n]o procede celebrar vista por no justificarse tal petición", sin que pueda entenderse válido el motivo esgrimido (la no justificación de la petición) a la vista de lo antes razonado, esto es, del tiempo transcurrido entre su mismo Auto que determinaba el modo de ejecución, y el momento en que iba a dictarse nueva resolución sobre el Auto del Juez de familia que se recurría, tiempo que en el instante de dictar la providencia citada ya rebasaba el año.

El derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efecti-

va sin indefensión, como venimos reiterando de forma constante (la última, en la STC 178/2003, de 13 de octubre, FJ 4, recordando pronunciamientos anteriores del mismo orden), derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor. En el caso, se deduce sin margen de duda esa condición del suficiente juicio atendida la edad de la niña en el momento en que conocía la Audiencia del recurso de apelación, porque si en anteriores actuaciones la corta edad de la menor pudo impedir tener en cuenta su parecer, no puede considerarse que ésa fuera la situación cuando la Audiencia dictó la resolución aquí recurrida (octubre de 2002), momento en que la menor había alcanzado prácticamente los diez años sin que, a la vista de los informes psicológicos que figuran en las actuaciones, su estado mental revelase una especial insuficiencia de su capacidad intelectiva a estos efectos: de hecho, ya había sido oída por el Juez de instancia, como refleja el Auto de éste, de julio de 2002.

Nos encontramos así, respecto de este concreto extremo, en idéntica situación que la que resolvió este Tribunal por Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre, recordada por los recurrentes, por el Ministerio público y por la Letrada de la Administración, en un caso que protagonizaron judicialmente los mismos órganos que protagonizan éste, resultando plenamente trasladable aquí lo que entonces se dijo en relación con esta particular cuestión: "al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 de la CE."

Así pues, dos son las vulneraciones del derecho a tutela judicial efectiva observadas en el modo de proceder de la Audiencia respecto de su decisión aquí impugnada: de un lado, y frente a los recurrentes en amparo, falta de motivación del Auto recurrido en relación con el transcurso temporal sobrevenido en el caso y, de otro, frente a la propia menor, indefensión como consecuencia de la omisión de su necesaria audiencia.

G) Tanto los recurrentes como el Fiscal, y la Letrada de la Junta de Andalucía, coinciden en aducir como vulnerado el derecho a la integridad física y moral de la menor por el Auto recurrido como consecuencia del daño, sobre todo psíquico o emocional, que supondría para aquélla la ejecución de lo acordado por la Audiencia en su Auto originario, de marzo de 2001. En apoyo de su alegación citan la STC 221/2002, aludida en el fundamento jurídico anterior que, como decíamos, trae su causa también de una discrepancia, en relación con la ejecución de una decisión sobre otra menor, entre los mismos órganos judiciales que protagonizan el presente supuesto, Sentencia en la que se razonaba, en efecto, que se había producido la lesión de tal derecho.

Ahora bien, el caso resuelto en la citada Sentencia en modo alguno puede considerarse, contra lo que asevera la parte actora, "sustancialmente igual al que nos ocupa"; antes al contrario, el sustrato fáctico de uno y otro resulta notoriamente distinto y, ade-

más de la repercusión subsiguiente que ello comporta desde el punto de vista jurídico, el propio tratamiento por el órgano *ad quem* de la cuestión en uno y otro caso también ha sido diferente.

En lo que a los hechos se refiere, no cabe olvidar, de un lado, que en el supuesto a que se refería la STC 221/2002 no intervenían los padres biológicos de la menor cuya guardia y custodia se discutía. De otro, que entre el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla que constituía el objeto de impugnación y el que éste ordenaba cumplir —a diferencia del que nos ocupa— habría transcurrido un tiempo indudablemente extenso (casi seis años) durante el cual la menor resultó objeto de no pocos y radicales cambios en su situación familiar.

En relación con el tratamiento del tema por el órgano *ad quem* hay que señalar que, aun desde la perspectiva del "riesgo relevante de que la lesión pueda producirse" —a que aludía la STC 221/2002 (FJ 4)—, es susceptible también de ser considerado como conculcación de tal derecho. El Auto aquí impugnado motiva expresamente su decisión, recordando al respecto lo que dijo en su originario Auto de marzo de 2001, a saber: que "el Tribunal ya cuenta con que este régimen transitorio (de internamiento de la menor en un centro, desligándola de la familia de acogida y comenzando un régimen de acercamiento a la madre natural) lógicamente alguna perturbación temporal va a ocasionar en la menor, pero que queda supeditada al mayor beneficio que la recuperación de su madre le producirá en el futuro, de ahí que el Tribunal no haya considerado necesario un informe pericial que valore la repercusión en la menor de tal medida." De manera que la actuación inicial de la Audiencia Provincial estuvo indudablemente presidida por el principio del interés de la menor. Cuestión distinta es determinar si en el Auto recurrido la ponderación que se realiza resulta manifiestamente incorrecta o errónea; verificación en la que este Tribunal puede y debe entrar conforme a su constante jurisprudencia, según la cual, "cuando se trata de una medida restrictiva de derechos, compete al Tribunal Constitucional, en su tarea de protección del derecho fundamental afectado, controlar en último término la motivación ofrecida no sólo en el sentido de resolución fundada y razonada, sino también como único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la institución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna (SSTC 50/1995, 128/1995, 181/1995, 34/1996, 62/1996, entre otras)" (STC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 6, reproducida en STC 7/1998, de 13 de enero, FJ 6). Pues bien, difícilmente puede calificarse de irrazonable, desproporcionada, desacorde con los fines de la institución de tutela del interés de la menor y de falta de juicio de ponderación, la argumentación de la Audiencia en el momento (un año y medio frente a los seis años transcurridos en el caso resuelto por la STC 221/2002) y en las circunstancias (la niña ha permanecido siempre con sus acogedores) en el que la adoptó.

En suma, el lapso temporal entre los dos Autos de la Audiencia y las actuaciones judiciales habidas entre ambos (informes psicológicos y del centro en el que fue ingresada, exploración de la menor por el Juez de familia) constituyen, como antes concluimos, base suficiente para entender vulnerado el derecho a la motivación de la resolución dictada por el órgano *ad quem* y que aquí se impugna al no haber tenido en cuenta tales datos, pero no en grado suficiente como para que podamos afirmar indubitadamente —según pretenden los recurrentes, el Fiscal y la representante de la Administración— que haya sido lesionado el derecho a la integridad psíquica de Montserrat E. R.

A la misma conclusión se llega desde la perspectiva de la naturaleza del riesgo para la integridad psíquica de la niña que, como ya apuntábamos, ha de ser "relevante". En

el supuesto que centra aquí nuestra atención, por las razones antes señaladas, esa relevancia del peligro para la integridad psíquica de la menor ha de apreciarse con inmediación; y es que es doctrina de este Tribunal, que la función de juzgar "corresponde al juzgador, que deberá valorar para ello necesariamente el acervo probatorio existente en la causa y, dentro de él muy en particular, claro está, los informes médico forenses y los informes médicos (...) pero, como es obvio, sin que la relevancia de tales informes comporte su desplazamiento en la función de juzgar, so pena de acabar descansando la función jurisdiccional en los peritos, y no en los Jueces y Magistrados tal y como establece el art. 117.3 de la CE. Así las cosas, va de suyo la gran relevancia que el principio de inmediación (...) puede acabar teniendo en estos casos" (STC 112/2003, de 16 de junio, FJ 5). Doctrina que, por lo demás, puede entenderse asumida en el Auto cuestionado.

Por otra parte, a diferencia de lo que acaecía en la tan referida STC 221/2002, en el asunto que aquí resolvemos se da la circunstancia de que una de las partes que disputa el *status* familiar de la menor es su madre natural. Este extremo introduce un elemento extraordinariamente relevante en el enjuiciamiento del presente supuesto, no sólo desde la perspectiva fáctica, sino también —en lo que ahora importa— desde la jurídica, desde el momento en que inserta en el debate, junto al principio básico antes señalado que ha de presidir las actuaciones de los poderes públicos en el que estén involucrados menores, que es el de la prevalencia de su interés superior, otro principio, que es el de la preferencia de la familia natural o de origen o propia para el desenvolvimiento de la vida de los menores, principio recogido concretamente en los arts. 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, y en el art. 172.4 del CC.

En este sentido, como se ha reflejado en los antecedentes, el Auto de la Audiencia Provincial de marzo de 2001 —que, en cuanto se pretende por el mismo órgano en su Auto aquí impugnado que se cumpla en sus propios términos, ha de entenderse necesariamente que integra en su argumentación el Auto aquí recurrido—, buscaba desde el inicio conciliar ambos principios, el del interés de la menor y el de su mantenimiento en el medio familiar de origen.

Pues bien, difícilmente puede considerarse vulneradora del derecho a la integridad moral de la menor una decisión que ordena el cumplimiento de otra previa que pretende la reinserción de una hija a su madre biológica, esto es, en nuestros propios términos, que "en todo momento ha tenido en cuenta el interés superior del menor, ponderándolo con el de su madre biológica, que por ser de menor rango, no por ello resulta desdeñable (y éste es el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, SSTEDH casos *E.P. contra Italia* de 16 de noviembre de 1999, caso *X contra Portugal* de 21 de diciembre de 1999, caso *Bronda* de 9 de junio de 1998, caso *Y contra Gran Bretaña* de 23 de septiembre de 1998, caso *McMichael* de 24 de febrero de 1995, caso *Hokkanen* de 23 de septiembre de 1994, caso *Keegan* de 26 de mayo de 1994, caso *Hoffmann* de 23 de junio de 1993, caso *Olsson* de 27 de noviembre de 1992, caso *Ríeme* de 22 de abril de 1992, caso *Andersson* de 25 de febrero de 1992, caso *Eriksson* de 22 de junio de 1989, caso *Nielsen* de 28 de noviembre de 1988, caso *Olsson* de 24 de marzo de 1988, caso *R contra Gran Bretaña* de 8 de julio de 1987, caso *B contra Gran Bretaña* de 8 de julio de 1987, caso *WW contra Gran Bretaña* de 8 de julio de 1987)" (ATC 28/2001, de 1 de febrero, FJ 3). Tal decisión, en tanto en cuanto no haya tenido en cuenta nuevos datos surgidos en el lapso de tiempo entre su decisión inicial y la aquí impugnada, podrá tildarse de inmotivada, con lo que ello comporta respecto de la garantía del art. 24.1 de la CE, pero difícilmente podría tacharse de disconforme con lo establecido en el art. 15 de la CE.

En definitiva, la declaración de lesión de la integridad psíquica de menores cuando la misma no se haya producido de modo real y efectivo, sino que se infiera de un riesgo relevante, sólo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmaria, manifiesta, del todo indudable, como, en efecto, acaecía en la STC 221/2002, tomada como constante referencia por los recurrentes y sus coadyuvantes. Por el contrario, cuando no sea así porque quepan dudas fundadas de que tal lesión vaya o no a producirse, o porque resulte ponderada teniendo en cuenta otros factores y sin que el interés de la menor deje de constituir siempre norte del órgano que ha de apreciarla, su declaración por este Tribunal invadiría una función que no le corresponde, sino que está atribuida a los Jueces y Tribunales ordinarios *ex* art. 117.4 de la CE, esto es, en función de las atribuciones que expresamente les confiere la Ley en garantía de cualquier derecho, en tanto en cuanto se dilucida en un proceso de jurisdicción voluntaria (STC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4).

En consecuencia, la apreciación de si existe un riesgo tan relevante para la integridad psíquica o moral de la menor con la ejecución del acordado retorno de la menor con su madre biológica que comporte una indudable vulneración del art. 15 de la CE deberá ser, en el caso presente, objeto de nuevo análisis y ponderación por el órgano cuya decisión aquí se impugna, atendiendo a los informes psicológicos, a la exploración de la menor y a otros informes o datos que pudiera entender oportunos.

H) Lo hasta aquí expuesto conduce, como puede colegirse fácilmente, a que la solución en el presente caso pase por retrotraer las actuaciones al momento en que debe conocer la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de la apelación del Auto del Juez de Primera Instancia núm. 7, de familia de Sevilla, de 22 de noviembre de 2001. En efecto, según también señalamos como premisa de nuestro conocimiento en la STC 221/2002, "no entra en la esfera de nuestras competencias el pronunciarnos sobre el extremo de si la reinserción de la menor con su (madre biológica en el caso presente) puede o no causarle los daños psíquicos alegados, pues ni este Tribunal puede entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso [art. 44.1 b) LOTC], ni le corresponde efectuar la ponderación de cuál sea el interés de la menor, al ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria que, como tal, este Tribunal no puede revisar (ATC 28/2001, de 1 de febrero)" (STC 221/2002, FJ 4); por tanto, no procede la anulación sin más del Auto aquí recurrido (dejando con ello perviviente la decisión del Juez de familia), sino la anulación de tal Auto, ciertamente, pero ordenando de nuevo realizar las actuaciones a que haya lugar, para que la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla dicte, con plenitud de jurisdicción, una nueva resolución en la que, conforme a lo que demanda la correcta satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, vierta su motivación sobre las nuevas circunstancias sobrevenidas desde que emanara su Auto de 8 de marzo de 2001 hasta el instante mismo en que haya de efectuar su nuevo pronunciamiento, atendiendo especialmente a la repercusión que las medidas a adoptar pudieran tener en la integridad psíquica de la menor, subsanando con ello los defectos en que incurrió su Auto, que ahora anulamos, de 31 de octubre de 2002.

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

1. *Cuando la prueba biológica sea considerada indispensable por la autoridad judicial, no entrañe un grave riesgo o quebranto para la salud del que deba soportarla y su práctica sea proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no puede considerarse contraria al derecho a la integridad física y a la intimidad del afectado.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Lina interpuso demanda de menor cuantía contra don Fidel solicitando que se dictase sentencia declarando la paternidad del demandado respecto de la niña Carmela nacida el día 10 de septiembre de 1989, rectificando el correspondiente asiento de nacimiento practicado en el Registro Civil que manifiesta lo contrario y ordenando la cancelación del antiguo asiento, con referencia a otro nuevo que la comprenda y sustituya.
- Admitida a trámite la demanda, el demandado don Fidel contestó alegando como hechos y fundamentos de Derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: "... dicte la oportuna resolución no dando lugar a la continuación de la demanda de paternidad y para el supuesto de no hacerlo así se tenga por contestada a la demanda, y en su día tras los trámites legales correspondientes se dicte sentencia estimando con carácter previo

litisconsorcio pasivo necesario y absolviendo en todos los supuestos libremente de la demanda a mi representado y en uno y en otro caso se impongan las costas del juicio a la parte demandante."

- Por providencia del Juzgado de fecha 4 de noviembre de 1994, se tiene por personado y parte al Ministerio Fiscal y por contestada la demanda en tiempo y forma.
- Por doña Lina, se presentó ampliación a la demanda de reclamación de paternidad y previa alegación de los hechos y fundamentos de Derecho: "... se dicte sentencia, declarando la paternidad del demandado don Fidel respecto de la niña Carmela nacida el día 10 de septiembre de 1989, rectificando el correspondiente asiento de nacimiento practicado en el Registro Civil que manifiesta lo contrario y ordenando la cancelación del antiguo asiento, con referencia a otro nuevo que la comprenda y sustituya."
- Por escrito de 25 de enero de 1995 presentado por don Ángel suplica al Juzgado: "tenga por efectuado allanamiento a las pretensiones deducidas en la demanda".
- También por escrito de 14 de febrero de 1995, presentado por don Fidel manifestó "... que nos ratificamos en la contestación a la demanda".
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Alicante dictó sentencia el 11 de septiembre de 1996 cuya parte dispositiva es como sigue: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta la Procuradora doña Irene Ortega Ruiz, en nombre y representación de doña Lina, frente a don Ángel y frente a don Fidel, debo declarar y declaro que Carmela, nacida el 10 septiembre de 1989 en Alicante, no es hija del demandado don Ángel y que como consecuencia de ello es nula la inscripción de nacimiento de la niña respecto a la paternidad consignada en el Registro Civil de Alicante, Sección Primera, del libro 510, página 29, decretándose la nulidad y cancelación de la misma en dicho extremo; y que debo declarar y declaro que Carmela nacida el 10 de septiembre de 1989 en Alicante es hija biológica de don Fidel, debiendo constar como tal en el Registro Civil de Alicante en la hoja correspondiente a la menor, sin hacer expresa imposición de costas, a excepción del importe de la prueba biológica practicada que se impone de forma solidaria a doña Lina, a don Fidel y don Ángel."
- En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó sentencia el 29 de septiembre de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue: "Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por don Fidel contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Alicante de fecha 11 de septiembre de 1996 debemos revocar y revocamos dicha resolución y desestimando la demanda interpuesta por doña Lina debemos absolver y absolvemos a don Fidel de las pretensiones de la actora,

sin imposición de las costas causadas tanto en la primera instancia como en cuanto a las de esta alzada."

- D.ª Lina interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo se formula por infracción por no aplicación de los artículos 126 y siguientes del Código Civil, y artículos 18 y 39.3 de la Constitución y de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión objeto de debate.

Para el examen del motivo conviene subrayar que la materia de filiación y paternidad es de orden público por el interés general de que la realidad de las relaciones paterno-filiales corresponda a la inscripción registral y a la consideración social.

Esta consideración obliga a tener en cuenta lo que la sentencia recurrida no ha tenido y que merece su revisión en casación por tratarse de cuestión jurídica de gran trascendencia.

Como resumen de la doctrina constitucional aplicable de forma inexcusable en la interpretación de los Tribunales, hay que invocar la Sentencia 95/1999, de 31 de mayo, cuando el Tribunal Constitucional manifiesta la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pruebas que no pueden considerarse degradantes ni contrarias a la dignidad de la persona y que encuentran su cobertura legal en el artículo 127 del Código Civil, que desarrolla el mandato del artículo 39.2 de la Constitución Española según el cual "la Ley posibilitará la investigación de la paternidad". Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud del que deba soportarlas y su práctica sea proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias al derecho a la integridad física (artículo 15 de la Constitución Española) y a la intimidad (artículo 18 de la Constitución), del afectado (Sentencia 7/1994, de 17 de enero). Igualmente, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial para la determinación del hecho de la generación debatido en el pleito. Por esas razones, cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 del Código Civil, que no resulta contrario a la tutela judicial efectiva (Autos 103/1990 y 221/1990).

Es decir, que la sentencia impugnada aprecia la cuestión de hecho de forma ilógica que tiene que ser corregida; pues no tiene en cuenta la legal decisión judicial sobre práctica de la prueba biológica a cargo del demandado, a la que se opone sin razón alguna, ni las relaciones aparentes existentes entre la actora y el demandado; de ahí que llegue a conclusión errónea, sin necesidad de admitir que la negativa del demandado equivalga a una *ficta confesio;* a este respecto la sentencia ha desconocido la jurispru-

dencia consolidada del Tribunal Supremo, como informa adecuadamente el Ministerio Fiscal al citar las Sentencias de 22 de mayo y 22 de noviembre de 2000, 24 de mayo y 3 de noviembre de 2001 y 20 de septiembre de 2002).

Por lo expuesto, el motivo tiene que ser atendido, y la sentencia anulada, debiéndose confirmar confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Alicante, de fecha 11 de septiembre de 1996.

2. *Consolidación de la jurisprudencia que fija como plazo inicial para el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial aquel en el que el esposo tiene conocimiento de que no es el padre, en este caso, tras el resultado de las pruebas que pusieron de manifiesto su impotencia.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Augusto interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Cristina solicitando se dictase sentencia por la que se declare como la paternidad o filiación biológica y matrimonial del menor Romeo, no se corresponde con la persona de mi representado D. Augusto, procediendo mandato de su rectificación en el Registro Civil correspondiente y cuantos efectos detraigan dicha resolución.
- D.ª Cristina se personó en las actuaciones y contestó a la demanda para oponerse a la misma en base a las alegaciones de hechos y derecho que aportó y terminó suplicando: “Dicte, en su día, Sentencia íntegramente desestimatoria de la Demanda, con imposición de costas al demandante”.
- El Juzgado de 1.ª Instancia N.º 9 de Valladolid dictó sentencia el 30 de noviembre de 1999 estimando la demanda y declarando que la filiación biológica y matrimonial del menor D. Romeo no se corresponde con la persona del actor, debiendo rectificarse dicha filiación ante el Registro Civil correspondiente, y todo ello con imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Valladolid dictó sentencia el 15 de mayo de 2000 desestimando el recurso interpuesto por D.ª Cristina.
- D.ª Cristina interpuso recurso de casación al que se adhirió el Ministerio Fiscal.
- El recurso fue desestimado por el Tribunal Supremo.

ANÁLISIS DEL CASO

El Ministerio Fiscal emitió el siguiente informe: "En el recurso de casación interpuesto por D.ª Cristina, contra sentencia dictada el 15 de mayo de 2000 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Valladolid de fecha 30 de noviembre de 1999, se adhiere al único motivo de casación interpuesto al amparo del art. 1692 n.º 4, por violación de los artículos 136 y 141 (civil y en conexión con los artículos 24 y 39 de la CE). Fundamentación. Efectivamente lleva razón la parte recurrente en que la acción de impugnación que ejercitó D. Augusto, fue como dice la sentencia de esa Sala 1239/2001, la acción de impugnación para destruir la presunción de paternidad matrimonial, *ex* art. 116 del CC, y cuyo plazo de ejecución es de un año *ex* art. 136 del CC, sin que sea posible acudir al citado art. 141 que está previsto para la impugnación de los reconocimientos de paternidad matrimonial como se decía al respecto en S de 20-6-1996: "En relación con la 'conjunción' de los artículos 138 y 141 del Código Civil, de los que, a juicio del recurrente, parece deducirse la voluntad legislativa de 'reconducir a un mismo régimen el establecido en el artículo 141, la acción de impugnación del título de determinación legal de cualquier tipo de filiación matrimonial por vicios en el consentimiento', conviene tener presente que el artículo 138 distingue dos supuestos impugnatorios de la paternidad, uno, el derivado del reconocimiento realizado con vicios en el consentimiento, y otro, el derivado de otras causas, lo que implica la remisión a los supuestos prevenidos en los artículos 117, 118, 119 y 120.1.º, a cuya acción de impugnación del reconocimiento se refiere el artículo 141. Ahora bien, esta acción difiere de la, asimismo, impugnatoria regulada en el artículo 136, la cual, se encuentra íntimamente vinculada a la presunción legal establecida en el artículo 116 —se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges siendo éste el supuesto que concurre en autos puesto que la paternidad controvertida no es consecuencia de una situación de reconocimiento, sino de la presunción legal acabada de indicar, razón por la que no resulta aplicable el artículo 141, toda vez, que la acción que otorga es la idónea para los casos de reconocimiento determinante de paternidad (...) particular que no concurre aquí, pero es que, además, no es posible olvidar que el plazo del ejercicio de la acción de impugnación había ya caducado". En igual sentido las SS 20-6-1996 y 31-12-1998, y S 21-7-2000: "... El remedio para desconocer la filiación así establecida por presunción legal está en lo dispuesto por el artículo 136 al conceder acción únicamente al marido, sin que la ley establezca causas específicas para ello, pero por el tiempo de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro civil —dato objetivo

que determina legalmente la filiación según dispone el artículo 115 del Código— o desde que el marido conozca el nacimiento, tiempos que aquí coinciden, ya que rebasado aquel plazo se ha producido la caducidad de la acción, por lo que debe estimarse el motivo y la sentencia ser revocada."

El artículo 141 del Código Civil no resulta aplicable, en contra del criterio del Tribunal de Instancia, ya que la doctrina jurisprudencial declara que ha de tenerse en cuenta para los supuestos de reconocimiento de la paternidad, pero para su impugnación ha de acudirse al artículo 136, que es el que procede para combatir la presunción que sienta el artículo 116 (sentencias de 26 de junio de 2002 y 20-6-1996).

La impugnación decidida del recurso se refiere a que la sentencia no aplicó el plazo de caducidad de un año que el artículo 136 señala a efectos de que el padre pueda impugnar la paternidad atribuida desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, con lo que el precepto le viene a otorgar la legitimación activa necesaria a tales efectos.

En el caso de autos el hijo de la unión matrimonial que mantuvieron los litigantes —resuelto por sentencia de divorcio—, fue inscrito en el Registro Civil el 4 de marzo de 1985 y la demanda se presentó el 6 de julio de 1998, transcurrido en exceso el plazo legal referido, pero ello no impide la interpretación del precepto atendiendo a las circunstancias concurrentes integradas en los hechos probados, firmes en casación, y acreditan que el padre demandante, ante las dificultades de tener descendencia de su segundo matrimonio, acudió al médico especialista que emitió dictamen el 20 de noviembre de 1997 y ratificó en prueba testifical, en el que diagnosticó que padecía azoospermia y una atrofia testicular bilateral que le imposibilitaba para tener descendencia. A su vez las pruebas de investigación de la paternidad realizadas en el Instituto Nacional de Toxicología son contundentes, pues su resultado es el siguiente: "Permiten excluir la paternidad biológica de don Augusto con respecto a Romeo".

Partiendo del hecho que desde el conocimiento de su esterilidad por el demandante, conforme al informe dicho del urólogo, de fecha 20 de noviembre de 1997 y que la demanda ha sido presentada el 6 de julio de 1998, el plazo legal de un año no ha transcurrido y ha de precisarse su influencia a efectos de considerar no caducada la acción o sí ha tenido lugar, atendiendo a la inscripción en el Registro Civil.

La jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 3 de diciembre de 2002, con apoyo en las de 30-1-1993 y 23-3-2001, declara que aplicación rigurosa y literal del artículo 136 del Código Civil, en los casos en los que la paternidad resulta absolutamente descartada, como aquí ocurre, ofrece serios problemas de contradicción con los principios que informan la Ley de 13 de mayo de 1881, al resultar patentizada su tendencia a que prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, conforme proclama dicha Ley y deja constancia el artículo 127 del Código Civil, al admitir toda clase de pruebas en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas, pues la reforma legal de 13 de mayo de 1881 integró como presupuesto importante asentar la filiación sobre la verdad biológica, lo que no se puede desatender tanto en su aspecto positivo como en el negativo (no acreditación demostrada de la paternidad) y toda vez que el artículo 116 lo que establece es una presunción, susceptible de ser combatida, ya que resulta decisivo el hecho veraz de ser hijo y también el hecho de ser verdadero padre y si bien el artículo 39 de la Constitución asegura la protección integral de los hijos, lo que se compagina con la inexactitud en la determinación de la paternidad real si se atribuye a quien no es progenitor.

El formalismo del artículo 136 no puede llevarse a extremos tales que conllevarían a instaurar situaciones de indefensión en el padre atribuido por la Ley que llega a conocer no es el progenitor del menor, como aquí ocurre, al estar el actor afectado de impoten-

cia y no podría en modo alguno impugnar la asignación registral, llegándose así a situaciones fraudulentas que no autoriza el artículo 6.4 del Código Civil.

Lo expuesto conduce a la conclusión de que no se da la caducidad de la acción denunciada, pues el *dies a quo* se cuenta desde el momento en que el demandante tuvo conocimiento cierto, apoyado en prueba científica, de su incapacidad para procrear (artículo 1969), lo que ratificó la prueba practicada de investigación de la paternidad.

El motivo no prospera y procede confirmar la sentencia recurrida, aunque no se acepte el argumento de aplicación al caso de autos del artículo 141 del Código Civil (Sentencias de 9-9-1991, 11-7-1992, 9-5-1994 y 10-6-2002).

3. *El demandado en el proceso de filiación sólo podrá negarse lícitamente a someterse a la prueba biológica, si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiese existir un gravísimo quebranto para su salud.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don José Luis promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D.ª Julia sobre reclamación de filiación y rectificación de inscripción de nacimiento en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente y solicitar la citación del Ministerio Público, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: "1) Se declare haber lugar a la reclamación de la paternidad legalmente en favor del demandante, D. José Luis, respecto de la menor Nuria, como hija no matrimonial nacida el 15 de noviembre de 1994 y, en su consecuencia 2) Se ordene modificar la correspondiente inscripción de nacimiento efectuada en el Registro Civil de Madrid, haciendo constar la condición de la menor Nuria de hija no matrimonial de D. José Luis, imponiéndole los apellidos del padre y de la madre, todo ello con los derechos inherentes y con la expresa condena en costas."
- Admitida a trámite la demanda, dado traslado al Ministerio Fiscal que compareció y comparecida la demandada, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos

jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando "se dictase resolución por la que se inadmita la demanda, no aceptándose la misma a trámite".

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 9 bis de Madrid, dictó sentencia el 21 de mayo de 1996 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sección 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 24 de octubre de 1997 estimando el recurso y revocando la sentencia declarar la paternidad del actor, hoy apelante, D. José Luis respecto de la menor Nuria, como hija no matrimonial, dando lugar a la modificación de la correspondiente inscripción de nacimiento de aquélla en el Registro Civil, haciéndose constar la condición de la misma de hija no matrimonial del demandante, con imposición de los apellidos del mismo y de la apelada, todo ello con declaración de condena en las costas causadas en la instancia a la parte demandada, y sin hacer declaración sobre condena al respecto de las causadas en la alzada.
- D.ª Concepción interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El inicial motivo alega infracción de los artículos 1249, 1253 y 315 del Código Civil. Aduce que la sentencia *a quo* establece que la negativa a la prueba biológica no pasa de ser un indicio muy importante cuando existen otras pruebas que en conjunción con tal negativa pueden lógicamente servir para determinar la filiación. Y aquí recoge que, sin embargo, tal sentencia tiene en cuenta como pruebas indirectas o presuntivas la confesión de la demandada y la testifical de la madre de ésta y de otro testigo.

El motivo primero es ejemplo y paradigma de irregularidad casacional, modelo de escuela de lo que no debe hacerse en este recurso extraordinario. Comienza ya con la irregularidad de transcribir el fundamento jurídico tercero de la sentencia de primer grado, con lamentable olvido de que la sentencia aquí recurrida es la de la Audiencia, mucho más en este caso cuando las dos resoluciones de instancia son discordantes en el fallo. A continuación, pone el acento el irregular motivo en la pretensión de su parte de que el Sr. José Luis fuera reconocido psiquiátricamente y esta Sala proclama que ello nada tiene que ver con el reconocimiento y declaración de una paternidad por múltiples y poderosas razones. Hay que proclamar, y ello se dice a efectos puramente dialécticos y discursivos, que se puede padecer una grave enfermedad mental y ser el padre de la criatura, que es lo único que se ventila en un proceso de esta clase. Ello podría hacerse valer, en su caso, cuando tal persona pretendiera ejercitar determinados derechos derivados de la patria potestad o relación paternofilial, pero nada tiene que ver con lo planteado en la litis.

Por otra parte, existe una irregularidad con tal prueba pues no se excluye la paternidad del demandante, con su resultado.

Después, y de espaldas al mínimo rigor casacional, la parte recurrente pretende hacer una valoración de la prueba, desencadenándose el perecimiento del motivo.

Ya desde la perspectiva de la infracción de los artículos 1249, 1253 y 135 del Códi-

go Civil, los artículos 1249 y 1253, que fueron derogados con otros muchos por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no podían citarse como infringidos en el mismo motivo, pues mientras el primero exige el acreditamiento del hecho base, el otro se refiere al enlace preciso entre éste y el hecho consecuencia, según las reglas del criterio humano. La doctrina de esta Sala tiene declarado que la negativa a la realización de las pruebas biológicas no es por sí misma una *ficta confessio* de paternidad, sino nada más que un indicio razonable en conjunción con otras pruebas de las que se infiera la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción —sentencia de 25 de octubre de 1996 y 19 de mayo de 1997—. Tal prueba, en sí, no vulnera los derechos a la integridad y a la intimidad y, además, es indispensable para alcanzar fines constitucionalmente protegidos. Por ello el demandado en un proceso de filiación sólo podrá negarse lícitamente a someterse a la prueba biológica, si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud y así lo recoge la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994, porque la prueba en sí, no vulnera los derechos a la integridad y a la intimidad y además, es indispensable para alcanzar fines constitucionalmente protegidos —sentencia de 21 de julio de 1997— cuando "aparece probada (...) la existencia de unas relaciones amorosas o sentimentales entre la actora y el demandado, el cual, además a lo largo de la tramitación del proceso en sus dos instancias ha mantenido una pertinaz, injustificada y reprobable negativa a someterse a la prueba biológica, constituye un valioso indicio probatorio, cuando concurren otras pruebas que evidencian la existencia de unas relaciones sentimentales o amorosas entre los litigantes —sentencia de 22 de junio de 1998—. La sentencia de 13 de marzo de 1998, ha recogido la jurisprudencia pacífica y consolidada de esta Sala (sentencias de 10 y 27 de junio y 14 de noviembre de 1987, 26 de mayo y 7 de diciembre de 1988, 5 de abril de 1990, 5 de octubre de 1992, 20 de octubre de 1993, 16 de julio de 1994 y 4 de julio de 1996, entre otras) señalando que para la declaración de paternidad deben concurrir: a) La cohabitación sexual necesaria y suficiente para la generación. b) La negativa obstrucionista e injustificada del demandado a las pruebas biológico-hematológicas. En el mismo sentido, las sentencias de 26 de junio de 1999 y 7 de julio de 2003.

En este caso, la sentencia recurrida declara probado y tal hecho ha de ser mantenido intangible en casación, que ha existido convivencia con el actor por parte de la demandada, que comenzó en diciembre de 1993, aunque fuera por corto tiempo, naciendo la menor el 15 de noviembre de 1994 y como tal prueba no ha sido contradicha, el motivo perece inexcusablemente.

El motivo segundo, acogido al cauce procesal del art. 1692.3.º de la LEC estima que existe incongruencia, "al haberse acordado la práctica de la prueba pericial biológica 'para mejor proveer', tan sólo respecto de la madre, sin ordenar la pericial de la menor que es la pedida por el actor, ya que estamos ante una prueba de 'paternidad' (no de maternidad) con lo que los concurrentes a la misma deberían haber sido la menor y el presunto padre, sin ser preceptiva la presencia materna, con lo que se infringe lo preceptuado por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

El extraño motivo perece inexcusablemente. El artículo que reputa como infringido, el art. 359 de la LEC se refiere tan sólo a las sentencias, no a las pruebas acordadas para mejor proveer y así se expresa en el propio precepto que se reputa como infringido y en la copiosa doctrina jurisprudencial sobre dicho artículo.

El tercero y último motivo, por el mismo cauce casacional que los precedentes, estima indefensión y aduce los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 de la Constitución. El motivo se apoya en que sólo se acordó para mejor proveer por la Au-

diencia la pericial biológica y no la pericial psiquiátrica y ello infringe tales preceptos.

El motivo ignora lo relativo a las diligencias para mejor proveer, ajenas al impulso procesal de parte y al principio dispositivo —sentencias de 21 de noviembre de 1961, 2 de junio de 1987 y 6 de junio de 1991— tienen carácter facultativo, potestativo, discrecional y soberano y su utilización impide que pueda ser discutida por las partes, ni dar lugar a recurso alguno, pues el vocablo "podrán" que incluye el art. 340 de la LEC resulta suficientemente expresivo —sentencias de 27 de diciembre de 1990, 6 de junio de 1991, 20 de marzo de 1992, 1 de junio de 1995 y 17 de junio de 1996, entre otras muchas—.

Pero es que además debe consignarse lo recogido en el ordinal segundo de los fundamentos jurídicos de esta resolución respecto a la superfluidad a los efectos de este proceso de la prueba psiquiátrica, a diferencia de lo referido a las biológicas de paternidad, que se da aquí por reproducido para evitar innecesarias repeticiones.

El motivo perece y con él el anómalo recurso.

4. *Apreciación de oficio por el Tribunal Supremo de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado al hijo frente al que se reclama la filiación, siendo necesario además que en su momento se le designe un defensor judicial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de noviembre de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Roberto interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre declaración de paternidad, contra doña María Rosa, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado que se dictase sentencia que declare la paternidad de mi patrocinado sobre el niño Joaquín, y se acuerde dirigir oficio al Registro Civil para modificar el asiento de la inscripción de nacimiento, haciendo constar en él los apellidos de mi representado, imponiendo las costas ocasionadas a la demandada, si se opusiere a lo solicitado.
- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, se opuso a la misma, y, tras alegar las excepciones dilatorias de falta de personalidad en doña María Rosa, por no poseer el carácter con que se le demanda, defecto legal en el modo de proponer la demanda y falta de litisconsorcio pasivo necesario, hechos y fundamentos de Derecho que tuvo por conveniente,

terminó suplicando al Juzgado: "Dicte sentencia por la cual: a) Estime las excepciones planteadas por esta parte, de falta de personalidad en doña María Rosa, por no poseer el carácter con que se le demanda, ni ser la persona a quien se demanda, y de defecto legal en el modo de proponer la demanda, dictando autos de sobreseimiento y archivo del proceso, con imposición de costas a la actora, de conformidad con las disposiciones del artículo 693.2.ª, 3.ª y 4.ª, de la Ley Ritual, o bien las estime en la sentencia definitiva, sin entrar a conocer en el fondo del asunto. Y, estime asimismo la excepción de falta de litisconsorcio necesario. b) Subsidiariamente, desestime la demanda en todas sus partes, absolviendo de la misma a mi representada. c) Condene a la actora al pago de las costas procesales. Otrosí digo, que interesando al derecho de esta parte la proposición y práctica de la prueba, suplico al Juzgado, acuerde, oportunamente, el recibimiento del presente pleito a prueba. Segundo otrosí digo, que teniendo en cuenta los antecedentes penales y de enfermedad y las circunstancias de personalidad del demandante ya referidas en el cuerpo de este escrito y que resultan de sus propias manifestaciones escritas, y la absoluta inexistencia de relación previa del mismo con el menor Joaquín, quien se encuentra expuesto a sufrir graves perjuicios como consecuencia de la demanda planteada y del acoso que el demandante viene realizando por escrito, con expresiones intimidatorias y vejatorias y anuncio directo o velado de acciones físicas, suplico al Juzgado, acuerde, de conformidad con la disposición del artículo 128 del Código Civil, las medidas de protección oportunas sobre la persona del menor Joaquín."

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Getafe dictó sentencia el 10 de julio de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 21 de octubre de 1997 estimando el recurso interpuesto por don Roberto y revocó la sentencia declarando la paternidad del actor respecto a Joaquín, con los demás efectos legales inherentes a tal declaración y el pedido de la demanda relativo a los apellidos del niño; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas a ninguna de las partes en ambas instancias.
- D.ª María Rosa interpuso recurso de casación, apreciando el Tribunal de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como cuestión previa y en virtud de las características del litigio, la Sala entiende que procede plantear de oficio la verificación de si se han observado las garantías inexcusables de aplicación al mismo, y cuya respuesta determinará si procede o no el

examen de los motivos (entre otras, SSTS de 5 de junio de 1997, 7 de noviembre de 2002 y 4 de abril de 2003).

La demandada manifiesta que no fue jamás novia del demandante, al que conoció durante un período de tiempo, coincidente con la privación de libertad de éste en el penal de Carabanchel, cuya situación, y ante la inexistencia de entrevistas *bis a bis,* determinó la imposibilidad de mantener contactos generadores de descendencia; que, en aquella época, la misma llevaba un estilo de vida informal y liberal en materia de relaciones personales, frecuentaba casi a diario discotecas y lugares de diversión nocturna, y mantuvo relaciones íntimas con distintos hombres, en muchos casos sin conocer más que sus nombres de pila y sin volverles a ver después de un único encuentro ocasional; que, nacido su hijo el 19 de febrero de 1984, inscribió el nacimiento en el Registro Civil, donde hizo constar como nombre del padre el de Joaquín, por ser el de un hombre con quién había mantenido relaciones íntimas y podía ser el progenitor, aunque a la fecha del parto había dejado de verle y desconocía sus señas; que no compareció en las fechas señaladas para la práctica de la prueba biológica, por considerar preferente la evitación a su hijo de trastornos psíquicos derivados de su sometimiento a una prueba de tal naturaleza, además de la falta de seriedad y fundamento, que, a su juicio, reviste la demanda presentada, después de diez años, con el único apoyo de unas cartas que no revelan una relación íntima; y que, desde el año 1992, convive de forma estable y continuada, con don Pablo, con quien forma una pareja unida de forma permanente en relación de afectividad análoga a la conyugal, el cual es el padre adoptivo del hijo de la demandada por consecuencia del auto dictado el 15 de diciembre de 1994 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Getafe en los autos número 243/1994.

La sentencia de la Audiencia argumenta que, en el supuesto del debate, la demandada debió someterse a la realización de la prueba biológica, pero no lo hizo por errónea decisión personal o mal asesoramiento, pues su práctica la aconsejaban las cartas que acompañan a la demanda, escritas por doña María Rosa, según reconoce en la absolución de la posición tercera de las que le fueron formuladas en confesión judicial, cartas de amor y exclusividad hacia el actor, cuya simple lectura evita cualquier comentario, y así lo recomendaba el propio contenido de la contestación al escrito inicial, pues se dice que no hubo relaciones íntimas con don Roberto y luego se afirma que, en la época en que conoció a éste, el estilo de vida de aquélla era informal y liberal respecto a las relaciones personales, frecuentaba casi a diario discotecas y lugares de diversión nocturna y mantuvo relaciones íntimas con distintos hombres, en muchos casos sin conocer más que sus nombres de pila y sin volverles a ver después de un único encuentro, por lo que, en el presente caso, era precisa la prueba biológica, por la propia postura de la madre, de manera que ha de darse a su negativa el efecto indicado en la doctrina jurisprudencial relativa a la situación producida cuando cualquiera de los involucrados rehúsa a ponerse a disposición de los peritos a efectos de realizar las pruebas biológicas sobre la paternidad.

En el supuesto del debate, no ha sido demandado el hijo de doña María Rosa, lo que supone la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que no bastaba dirigir la demanda contra su madre, pues no puede ventilarse aquí la cuestión sin aquél, por atención a la seguridad, no sólo familiar, sino social, que ha de rodear a la posesión de estado civil.

A diferencia de lo que sucede en otro tipo de excepciones, el litisconsorcio queda fuera de la jurisdicción rogada, y en razón de trascender sus efectos al orden público, puede y debe ser apreciada incluso de oficio, aun en el trámite extraordinario de casación, lo que determina la imposibilidad de entrar en el fondo del asunto y la desestimación de la demanda.

Como razonamiento complementario, que no es decisivo para la determinación del

fallo, indicamos que el artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2 de este ordenamiento; la representación legal de los padres, en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la realización de uno o varios actos, se compruebe la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan; una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses.

En este caso, además, son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil, y si hubiera sido demandado el hijo menor de edad, conforme a lo previsto en el artículo 299.1 del Código Civil, era necesario el nombramiento de un defensor judicial que le representara y amparase sus intereses.

Esta Sala, al advertir de oficio la falta de listisonsorcio pasivo necesario, sin entrar en el fondo del asunto, absuelve a la demandada de los pedimentos obrantes en el escrito inicial, sin hacer especial pronunciamiento de las costas causadas.

5. *Importancia de la prueba testifical de parientes y amigos en los procedimientos de reclamación de paternidad, ya que por su mayor cercanía a los hechos suelen disponer de mejor información que los extraños.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Amanda interpuso demanda de menor cuantía contra don Juan Miguel solicitando se dictase sentencia por la que se declarase la filiación extramatrimonial de la demandante respecto de don Clemente, ordenando al Registro Civil se modificara la inscripción hecha en el mismo, por la paternidad que resultara de este procedimiento, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.
- Admitida a trámite la demanda el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de Derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 59 de Madrid dictó sentencia el 15 de julio de 1997 estimando la demanda y declarando la filiación extramatrimonial de la

demandante respecto de don Clemente, ordenando al Registro Civil se rectifique la inscripción de nacimiento de la actora, en el sentido de ser aquélla hija no matrimonial de don Clemente y de doña Diana, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 11 de febrero de 1999 desestimando el recurso interpuesto por D. Juan Miguel.
- D. Juan Miguel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado los motivos del recurso relativos a la falta de motivación de la sentencia y a los que pretenden una nueva valoración de la prueba, rechazados de plano por el Tribunal Supremo, tres son las cuestiones que plantea el recurrente:

1. **Aportación de documentos con posterioridad a la demanda.**

Alega el recurrente la infracción de los párrafos segundo y tercero del artículo 646 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Mas el motivo no puede prosperar, pues habiéndose producido la supuesta infracción en primera instancia, el recurrente no pidió la nulidad del acto, limitándose a formular su protesta, sin pedir subsanación alguna, ni postuló o reprodujo la petición de tal subsanación en segunda instancia, conforme al artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No todas las irregularidades, por otra parte, tienen alcance casacional. Es, en efecto, doctrina de esta Sala, de general aplicación a la apreciación en casación de la prueba testifical, que ésta por sí sola, o en combinación con otras, y aun tachados los testigos, es de discrecional apreciación por el Tribunal sentenciador, sin que respecto de ella y sólo por ella, quepa la casación. En definitiva, la apreciación que al Juzgador merezcan las manifestaciones de los testigos y el juicio de éstos deducido de su libérrima voluntad no puede ser impugnado en casación. Tal prueba impide que se contradiga su resultado en casación mediante el examen y valoración crítica de lo declarado por los testigos (que es lo que hace el recurso) para la formación de un juicio contrario al del Juzgador *a quo.* Tampoco tiene viabilidad el motivo cuarto, también articulado por "quebrantamiento de forma" (artículo 1692.3.º) y supuesta vulneración del artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, este motivo, en efecto, debe ser también rechazado, en primer lugar, porque, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, contenida entre otras, en sus sentencias de 5 de julio de 1974, 24 de octubre de 1976, 26 de abril de 1985, 10 de julio de 1991 y 5 de julio de 1995, se reputan documentos básicos aquellos que generan la causa de pedir, pero no los que, desprovistos de tal significación, se encaminan a combatir las alegaciones de adversario; y los comprendidos en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son los que merecen aquella consideración, es decir, los verdaderamente fundamentales, y no los complementarios, accesorios o auxiliares, a los que no afecta el riguroso criterio de los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que respecto a los mismos rige el principio de libre aportación en el período probatorio. En segundo lugar, la recurrente no recurrió la providencia de fecha 10 de abril de 1996 dictada por el Juzgador *a quo,* por lo que no debió producirle la indefensión en que funda su recurso. Tampoco reprodujo en segunda instancia, mediante la vía legal establecida en el

artículo 859 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, su pretensión de inadmisión de los documentos presentados por esta parte, limitándose, según lo manifestado de contrario, a repetirlo en el acto de la vista.

2. **Existencia de parentesco y amistad en los testigos.**

Los motivos quinto y sexto, acusan, respectivamente, infracciones de los artículos 1247-1.º y 1253 del Código Civil, se formulan bajo el designio común de impugnar la valoración de la prueba practicada. La denunciada circunstancia de parentesco o amistad con las partes no invalida los testimonios prestados, pues aparte de que los testigos no fueron objeto de tacha y todos reconocieron su relación con la actora, no es posible en casación suplantar la valoración de la prueba testifical, realizada por la Sala de instancia, pues las reglas de la sana crítica, conforme a los que debe apreciarse aquélla, no son objeto de censura casacional. Debe, además, tomarse en consideración la importancia, que en asuntos, como el presente, de índole, en principio, íntima y familiar, tienen las declaraciones testificales de parientes y amigos, quienes por su mayor cercanía a los hechos suelen disponer de mejor información que los extraños. No es posible tampoco atender, con buen resultado, los razonamientos acerca del artículo 1253, pues, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1999, dispuso que no cabe alegar, al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicación errónea del artículo 1253 del Código Civil, cuando al resultado probatorio no se llega por el establecimiento de hechos deducidos por razonamientos lógicos de otros que se consideran probados, según la mecánica de las presunciones, sino conforme a pruebas directas, documentales y de confesión, como ocurre en el caso en que nos encontramos. Ambos motivos decaen.

3. **Falta de posesión de estado.**

El motivo séptimo se formula por infracción del artículo 135 del Código Civil, invocación que conduce a la desestimación puesto que la "posesión del estado de filiación", según reiterada jurisprudencia, constituye una "cuestión de hecho" cuya determinación corresponde al Tribunal de instancia y, por ello, escapa de la casación. Como afirma la sentencia recurrida "la posesión de estado" ha existido, pues ha habido una actuación ininterrumpida y reveladora de la libre voluntad del padre de prestar asistencia, cuidado y compañía a la actora a través de actos continuados y públicos y de carácter personal (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1988, 14 de noviembre de 1992 y 2 de marzo de 1994), habiendo concurrido los requisitos relativos al *nomen, tractatus,* fama o *reputatio* (uso del nombre, comportamiento del padre con la hija, el conocimiento público de la situación), sin que este último presupuesto deba, por otra parte, concurrir de un modo ostensible y análogo a la filiación matrimonial pues sería absurdo que el padre tuviera que alardear de la relación no matrimonial y del fruto de la misma (sentencia de 4 de mayo de 1964 del Tribunal Supremo) y menos en la época en la que sucedieron los hechos.

4. **Valoración de la negativa a la práctica de la prueba biológica.**

El octavo y último motivo se formula por infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1988, 23 de septiembre de 1988, 20 de julio de 1989 y 16 de julio de 1994, y en las sentencias del Tribunal Constitucional 35/1989 y 7/1994, de 17 de enero. Mas tal supuesta infracción no se mantiene pues el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia recurrida determina el hecho de la negativa de la parte a la práctica de la prueba biológica de paternidad y razona y valora acertadamente el resto de las pruebas practicadas. Esta Sala viene sosteniendo (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2003), (especialmente desde la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, reiterada por la 55/2001, de 26 de febrero), que la negativa a

someterse a la prueba biológica no es una *ficta confessio* que implique *per se* la declaración de paternidad, sino que, unida a otras pruebas, a otros indicios o, en definitiva y en todo caso, a un juicio de verosimilitud de los hechos alegados, da lugar a la declaración de paternidad. Es decir, el demandado no puede impedir, con su simple obstrucción, la práctica de la prueba decisiva y, si lo hace, debe cargar con las consecuencias; someterse a la prueba biológica no es un deber pero sí una carga; en otras palabras, el demandado puede practicar la prueba y probar que no es el padre, desestimándose así la demanda y si se niega a practicarla, no puede cargar a la parte demandante las consecuencias de su negativa. En este sentido, la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 enero, dice (lo que recoge, entre otras, la sentencia de esta Sala de 26 de julio de 1999): "Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación, ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24-1, 14 y 39 de la Constitución Española, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación." Consecuentemente, se desestima el motivo.

II. PATRIA POTESTAD

1. *Privación de la patria potestad al padre que asesinó a la madre, ya que repugnaría legal y moralmente mantenerlo en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha demostrado indigno, pues ha privado al hijo de la figura materna.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de octubre de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Romeo y D.ª María José interpuso demanda de menor cuantía contra D. Simón, sobre solicitud de privación de la patria potestad de los menores Paulino y David solicitando se dicte sentencia que contenga los siguiente

pronunciamientos: 1) Se prive total y definitivamente al demandado don Simón, de la patria potestad sobre sus hijos menores llamados Paulino y David, de 13 y 10 años de edad. 2) Se declare a dichos menores, sometidos al régimen de tutela, con nombramiento de tutor, y que deberá efectuarse tan pronto sea firme la sentencia que se dicte en este procedimiento. 3) Se atribuya la guarda y custodia de dichos menores provisionalmente a los abuelos maternos don Romeo, y a doña María José, y posteriormente al tutor que le sustituya a dichos guardadores. 4) Se condene al demandado don Simón a abonar la cantidad de 50.000 pts. mensuales, de alimentos a sus hijos, a razón de 25.000 pts. para cada uno de ellos, cantidad esta que deberá entregarse a los guardadores legales y abuelos maternos don Romeo y doña María José, y posteriormente al tutor que sea nombrado judicialmente, debiendo actualizarse dicha cantidad anualmente según las variaciones que experimente el IPC. 5) Costas, que sea condenado en costas el demandado por su evidente temeridad y mala fe."

- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada D. Simón, 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 que contenga los siguientes pronunciamientos: 1.º Que no se prive a don Simón, de la Patria Potestad sobre sus hijos menores llamados Paulino y David, de 13 y 10 años de edad respectivamente, ya que todavía no ha sido juzgado. 2.º Guarda y Custodia. Esta parte entiende que debe atribuirse la guarda y custodia a los abuelos paternos, a fin de que los menores no pierdan el contacto con la familia del padre. 3.º Alimentos. Por las razones expuestas en el hecho segundo de nuestra contestación a la demanda, y puesto que han cambiado las condiciones económicas de mi mandante la cantidad en concepto de alimentos, debe reducirse a la cantidad de 10.000 pts. mensuales para cada uno de los hijos menores. 4.º Régimen de visitas. Durante el tiempo que mi representado esté privado de libertad, solicitamos el siguiente régimen de visitas: Esta parte entiende que se debe fijar a favor de los abuelos maternos el siguiente régimen de visitas: Fines de semana alternos desde el viernes a las 8 de la tarde, hasta el domingo a las 9 de la noche. Vacaciones escolares de los menores, en Navidad, Semana Santa y Verano, que se acuerde dividir en dos partes dichos períodos, alternándose en la elección de los mismos de un año a otro, eligiendo en caso de discordia los abuelos paternos en años pares y los abuelos maternos en años impares, aplicándose dicho régimen de vacaciones durante el tiempo que mi representado esté privado de libertad. 5.º Costas. Que sea condenada en costas la parte demandante, por imperativo del art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de los de Parla dictó sentencia el 12 de septiembre de 1996 estimando la demanda y condenando a D. Simón a la

privación de la patria potestad respecto de sus hijos Paulino y David. Que dichos menores quedarán sometidos al régimen de tutela, nombrándose tutor una vez sea firma la presente resolución y atribuyéndose la guarda y custodia de los mismos a los demandantes en tanto se produzca el nombramiento de tutor. Que debo condenar y condeno a D. Simón a abonar la cantidad de 50.000 pesetas mensuales, en concepto de alimentos para sus hijos, a razón de 25.000 pesetas para cada uno de ellos; cantidad que deberá entregarse a los guardadores legales y se actualizará anualmente conforme al IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. El demandado deberá abonar las costas causadas en la tramitación del presente procedimiento."

- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 18 de septiembre de 1997 desestimando el recurso.
- D. Simón interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del actual recurso de casación lo formula la parte recurrente en base a que en la sentencia recurrida se han infringido el artículo 170 del Código Civil en relación al artículo 24 de la Constitución Española.

Este motivo debe ser desestimado. En la sentencia dictada por el Tribunal Supremo —Sala Segunda—, de fecha 2 de diciembre de 1997, en su fundamento jurídico cuarto se dice lo siguiente: "El acusado, que se encontraba separado legalmente de su esposa desde dos años antes, tras permanecer desde las 13.15 horas en el bar ubicado en los bajos del inmueble en el que se encuentra la referida vivienda, sobre las 15 horas, y tras haber visto como sus hijos salían de su casa para ir al colegio, subió hasta el domicilio de Catalina con intención de acabar con su vida, al tener conocimiento de que ella salía con frecuencia en compañía de otra persona; abrió la puerta del piso utilizando para ello una llave de la misma que había conseguido haciendo una copia de la llave que uno de sus hijos había dejado olvidada tiempo atrás en el vehículo de su propiedad; a continuación, sin hacer ningún ruido se dirigió hasta el salón en el que se encontraba Catalina dormida, tumbada en el sofá, acercándose a ella, quien se despertó cuando ya el procesado se encontraba a su lado, momento en el que le dió un empujón hacia atrás al ver que ella trataba de incorporarse y a continuación para conseguir su propósito la agarró con las dos manos por el cuello y apretó hasta causarle la muerte por asfixia mecánica."

Pues bien, sobre esos datos construyó la sentencia recurrida la *ratio decidendi* para decretar la pérdida de la patria potestad a la parta ahora recurrente y que es la denominada como acusado en la relación penal anterior; y por ello es posible traer a colación la doctrina de esta Sala que sobre la presente cuestión explícita que se debe exigir la concesión al Tribunal *a quo* una facultad discrecional en sopesar los elementos de juicio para llegar a la solución que estime oportuna, sin que contra lo resuelto por dicho Tribunal quepa la casación a menos que sea patente un error de hecho o de Derecho en la referida actuación (por todas la sentencia de 11 de octubre de 1991).

Y en la actuación de la Audiencia Provincial tanto en la hermenéutica como en la resolutoria, no se aprecia error alguno.

Pero es más, también esta Sala ha dicho en un caso idéntico al que se contempla lo siguiente: "No existe la menor duda, ni legal ni de conciencia, sobre lo acertado, en cuanto ajustado a Derecho, de la decisión adoptada por el Juzgador *a quo,* quien, tras un exhaustivo análisis de la prueba sometida a su consideración, concluye con la estimación de la pretensión deducida en el escrito rector del procedimiento acerca de la privación de la patria potestad, con pleno y sólido asiento en el citado artículo 170, pues difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del referido precepto, ya que repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apegado cariño hacia el hijo, cuestión que no se pone en duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado, como así debería haberlo sido, al sacrificio de sus propios impulsos, exacerbados a raíz de la crisis matrimonial, al acabar, en acción que ninguna justificación puede tener, por privar, de forma trágica, a quien, según se alega, constituye el objeto de sus desvelos, de la figura materna, cometiendo un delito de parricidio; por ello la medida adoptada, y que es objeto de impugnación, se funda en uno de los más graves incumplimientos que imaginarse pueda, respecto de la patria potestad, en flagrante transgresión de lo prevenido en el artículo 154, punto 1.º del Código Civil, lo que implica no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad, al menos en las actuales circunstancias, de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo, a quien, guiado de sus arrebatos y frustraciones, le ha cercenado uno de sus más trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aún previa la ruptura convivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquél". (Sentencia de 31 de diciembre de 1996).

Con todo lo cual se dan los supuestos establecidos en el artículo 170 del Código Civil, ya que en la conducta del padre se observa un absoluto incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad, lo que se infiere de la sentencia dictada en causa penal. Incumplimiento que además en el presente caso es negativo para la formación integral de los hijos, que es un elemento esencial.

III. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

1. *Embargo de los bienes que se adjudicaron a la esposa en la liquidación de la sociedad de gananciales por deuda generada a consecuencia de la garantía prestada por el esposo en una póliza suscrita con una entidad bancaria, ya que la esposa era absoluta conocedora de la actividad comercial del marido, dato que sirve para pensar en el consentimiento exigido en el art. 1367 del Código Civil.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de julio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

ANÁLISIS DEL CASO

- Banco U. interpuso demanda de menor cuantía contra D. José Miguel, D.ª Julieta, D. Juan Carlos y D.ª Angelina, solicitando que se dictase sentencia

con los siguientes pronunciamientos: A) Declarando que la disolución de la sociedad de gananciales y adjudicación de la nuda propiedad de la vivienda de la AVENIDA000, y de la plaza de garaje, propiedad de D. Juan Carlos, en favor de su esposa D.ª Angelina, y que la disolución de la sociedad gananciales y la adjudicación de la propiedad de la vivienda de Lasarte-Oria, propiedad de D. José Miguel en favor de su esposa D.ª Julieta, reflejada en la Escritura notarial de capitulaciones matrimoniales otorgada al respecto, no pueden afectar a las obligaciones contraídas por D. José Miguel y D. Juan Carlos con respecto a Banco U. y con causa en la póliza de afianzamiento de fecha 25 de marzo de 1994, y la Sentencia recaída con fecha 7 de junio de 1995 con base en la misma, en los Autos núm. 202/1995 de Juicio Ejecutivo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Sebastián, careciendo de eficacia frente al demandante cuantas inscripciones hayan dado lugar las escrituras públicas de modificación del régimen matrimonial, en orden a que puedan anotarse en los Registros de la Propiedad oportunos los embargos decretados en el referido procedimiento ejecutivo sobre los bienes pertenecientes a los Sres. Juan Carlos y José Miguel, los cuales se hallan afectos al pago de los referidos créditos. B) Condenando: A todos los demandados, esto es, a D. José Miguel y su esposa D.ª Julieta, y a D. Juan Carlos y su esposa D.ª Angelina, a estar y pasar por estas declaraciones.

- Con carácter subsidiario respecto a la acción anteriormente ejercitadas, y para el supuesto impensable de que se entendieran eficaces las Capitulaciones matrimoniales y los subsiguientes actos de adjudicación de bienes y su oportuna inscripción registral frente a Banco U., otorgadas por los matrimonios demandados, rescindidas ambas escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges codemandados a que se hace referencia en este litigio, por fraude de acreedores, en lo concerniente a todos los actos de carácter económico-patrimonial, liquidación y adjudicación de bienes y derechos que determinaron la distribución del caudal ganancial y privativo entre los respectivos esposos y las correspondientes bases atribuidas a cada interesado y la cancelación correspondiente de las inscripciones registrales practicadas a resultas de dichas capitulaciones.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada D.ª Julieta, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación: "... dicte, en su día, sentencia por la que se desestimen íntegramente los pedimentos de la demanda, absolviendo a D.ª Julieta de los pedimentos de la misma, con condena en costas a la parte actora, o subsidiariamente, para el supuesto de que se acoja alguna de las acciones interpuestas se declare el carácter privativo de la deuda de la que deriva la presente acción y de la aplicabilidad en cualquier caso de la prerrogativa

que para el cónyuge no deudor prevé el art. 1373 del CC, limitándose el eventual embargo a la cuota que D. José Miguel ostente en la sociedad de gananciales, con los demás pronunciamientos legales derivados de la eventual aplicabilidad de dicho precepto." Igualmente, por la representación procesal de D. Juan Carlos, se presentó escrito de contestación a la demanda, en el que terminaba suplicando: "... dictar sentencia en su día absolviendo totalmente a mi representado de la presente demanda por ser la misma totalmente innecesaria en cuanto a la primera pretensión que formula y totalmente improcedente en Derecho en cuanto a la segunda que plantea subsidiariamente. Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte actora."

- Por la representación procesal de D.ª Angelina, se contestó la demanda, formulando a su vez reconvención, en el que terminaba suplicando: "... se sirva desestimar dicha demanda con expresa imposición de costas de la citada parte actora, y previo traslado a la misma de la presente reconvención, se sirva estimarla declarando que: a) Respecto de sus antiguos bienes gananciales con D. Juan Carlos, D.ª Angelina de no haber otorgado el 10 de marzo de 1995 escritura de disolución de dicha sociedad de gananciales, hubiese podido en todo momento pedir la paralización del apremio de dichos bienes por parte del Banco U. en Autos ejecutivos núm. 202/1995 y la sustitución de dicho apremio por el de los propios bienes del Sr. Juan Carlos resultantes de la disolución de la sociedad de tales bienes, así como la práctica efectiva de dicha disolución. b) Que por lo expuesto, y por existir actualmente bienes a nombre del Sr. Juan Carlos resultantes de la disolución de gananciales practicada voluntaria y anteriormente al citado embargo, así como otros adquiridos posteriormente, el Banco U. debe dirigirse previamente contra ellos para la percepción de su crédito en autos 202/1995 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Sebastián. c) Que consiguientemente su presente reclamación con cargo a la Sra. Angelina es disconforme a Derecho debiendo ser por ello condenada la parte actora en las costas del presente." Por providencia de 20 de marzo de 1996, es declarado el rebeldía el codemandado D. José Miguel.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de los de San Sebastián dictó sentencia el 6 de noviembre de 1996 estimando la demanda y desestimando la demanda reconvencional promovida por D.ª Angelina.
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de San Sebastián dictó sentencia el 29 de julio de 1997 desestimando el recurso interpuesto por D. Julieta y D.ª Angelina.
- D.ª Angelina interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso lo formula la parte recurrente en base a que se han infringido los artículos 1365 y 1367 del Código Civil en relación con el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Como antecedente y a su vez consecuencia de lo anterior se ha infringido, asimismo, el sistema de garantías establecido en los artículos 266, 267 y 268 de la referida Ley de enjuiciar, en relación al artículo 24 de la Constitución Española.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo.

Ante todo hay que decir que el núcleo fáctico de la presente contienda judicial y plasmado en la sentencia recurrida es el siguiente: "El Banco U., quien había seguido previo procedimiento por los trámites del Juicio Ejecutivo contra Juan Carlos —autos 202/1995 ante el Juzgado núm. 1 de los de San Sebastián—, interpone el procedimiento de que trae causa el presente recurso de casación, ahora con el núm. de autos 751/1995 ante el Juzgado núm. 5 de San Sebastián, con el objeto de extender a la esposa del anterior Angelina, los efectos de la sentencia obtenida en el primer procedimiento, y de conseguir así la ejecución de dicha sentencia sobre los actuales bienes de la misma correspondientes a antiguos bienes gananciales de la sociedad de gananciales del matrimonio, pero que habían sido objeto de acuerdos de disolución y liquidación previos a la demanda del Banco U.

Estos hechos se derivan incuestionablemente de un análisis hermenéutico correcto y racional realizado en la sentencia recurrida.

Pero es preciso asimismo tener en cuenta que los actuales bienes privativos y antes gananciales, cuando tenían esta última consideración estaban afectos a la garantía prestada por el marido a la póliza suscrita con la entidad bancaria mencionada, y que la esposa era absoluta conocedora de la actividad comercial del marido, que en todo caso servirá este dato para pensar en el consentimiento exigido en el artículo 1.367 del Código Civil —*factum* de la sentencia recurrida—.

Y ahora es preciso decir que la modificación del régimen patrimonial realizada durante el matrimonio no puede perjudicar en caso alguno los derechos ya adquiridos por terceros, según determina la sentencia de 18 de noviembre de 1998 interpretando el artículo 1317 del Código Civil, y que la responsabilidad preconizada en el artículo 1365 actúa hacia el exterior en proyección de defensa de los acreedores, según la sentencia de 27 de marzo de 1999; por lo que no debe caber la menor duda de la obligación de responder de la parte recurrente como cónyuge del firmante de la póliza de afianzamiento.

Otra cuestión es la manera y forma en que se realizó la notificación del requerimiento de pago y embargo a dicha parte recurrente; que se efectuó exclusivamente con su marido en la diligencia judicial procedente.

Pues bien, ello no es obstáculo para proclamar la validez de dicha notificación a la parte recurrente. Puesto que, como dice la sentencia de 13 de julio de 1995, que recoge la de 28 de abril de 1989 y 25 de enero de 1990 —entre otras—, "que en el presente caso el marido que recibió los documentos judiciales con la obligación de entregárselo a su esposa —ahora parte recurrente— como emplazamiento de la misma, y estando constante el matrimonio y obligados los cónyuges a vivir juntos e informarse recíproca y periódicamente sobre cualquier situación económica; y también no habiendo opuesto el marido tacha alguna a tal encargo oficial, no puede hablarse de irregularidad alguna en la notificación y emplazamiento en cuestión". Circunstancia en la que se encontraba el matrimonio protagonista de la actual contienda judicial.

Estimación de la acción de adición a la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada en el convenio regulador debien-

do incluirse en el activo el importe del aumento de valor del negocio privativo experimentado por la aportación del trabajo realizado por el otro cónyuge, así como el derecho de traspaso de un local arrendado constante el matrimonio.

2. *Inexistencia de derecho a indemnización por daño moral que según la solicitante se produjo al conocer las alegaciones del ex esposo en el proceso de nulidad canónica y de las que cabía presumir que contrajo matrimonio con el exclusivo interés de aprovecharse de su convivencia para su explotación meramente laboral o profesional.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de octubre de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª María y D. Fidel, tras un noviazgo que se extiende desde al menos agosto de 1971, contrajeron matrimonio canónico en fecha 27 de octubre de 1973, dedicándose el esposo a la actividad de fontanería donde aparece dado de alta en licencia fiscal con fecha de 4 de octubre de 1971.
- Ambos cónyuges solicitaron ante el Juzgado correspondiente demanda de separación judicial de mutuo acuerdo, dictándose sentencia en 9 de octubre de 1987, y demanda de disolución matrimonial también de mutuo acuerdo en la que se declaró disuelto por divorcio el matrimonio, mediante sentencia de 8 de junio de 1989, con convenio regulador.
- Mediante escritura pública de 26 de febrero de 1990, se llevó a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales y,
- Posteriormente D. Fidel solicitó ante el Tribunal Eclesiástico la nulidad del matrimonio que fue desestimada por Sentencia de 6 de julio de 1990 y, más adelante interesó una revisión que asimismo obtuvo sentencia desfavorable en 30 de junio de 1993.
- D.ª María interpuso demanda de menor cuantía contra D. Fidel, solicitando se dictase sentencia condenando a la parte demandada a abonar a la actora en concepto de daños morales la suma de diez millones de pesetas, y adicionar la liquidación de la sociedad de gananciales con los incrementos patrimoniales habidos en el negocio de fontanería, en la cuantía de quince millones de pesetas, el arrendamiento del local donde se tenía el negocio, el apartamento de la calle 000 y otros vehículos no recogidos en la liquidación de la sociedad, con condena en costas.

- Admitida a trámite la demanda la representación procesal de el/la demandada/o/as/os contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de Derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que se desestimara la demanda con condena en costas.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 21 de los de Madrid dictó sentencia el 3 de febrero de 1995 estimando parcialmente la demanda y declarando que la liquidación de la sociedad de gananciales practicada por las partes con fecha 26 de febrero de 1990, debe adicionarse en los siguientes extremos: 1.º) La valoración del negocio de Fontanería, debiendo incrementarse la adjudicación efectuada a la esposa y demandante doña María en la cuantía de 15.000.000 pesetas. 2.º) La mitad de los derechos de traspaso que puedan corresponder sobre el local arrendado en Madrid, y que se determinarán en ejecución de Sentencia. 3.º) La mitad del valor del vehículo furgoneta Renault 4F, matrícula Y-....-YB, cuyo valor se determinará asimismo en ejecución de sentencia, absolviendo al demandado del resto de las peticiones.
- En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 27 de septiembre de 1997 estimando el recurso interpuesto por D. Fidel revocando la sentencia del juzgado y absolviendo al mismo de las peticiones que contra él se contenían en el suplico de la demanda.
- D.ª María interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se ejercita por la actora doña María, contra su ex marido don Fidel (tras sentencia de separación en 9-10-1987 y, divorcio en 8-6-1989, y existencia de convenio regulador), acción para que se declare su derecho a que se le abonen por el concepto de daños morales la suma de 10 millones de pesetas y se adicione la liquidación de la sociedad de gananciales con los incrementos habidos en el negocio de fontanería, un apartamento, el arrendamiento del local de aquel negocio y otros vehículos no recogidos en aquella liquidación.

1. **Reclamación por daños morales.**

D.ª María reclamaba en concepto de daños morales porque según alegaba había contraído matrimonio con el demandado el 27 de octubre de 1973, pero de común acuerdo obtuvieron sentencia de separación en 22 de octubre de 1987, y posteriormente de divorcio —aprobando el convenio regulador en 8 de junio de 1989—, sin embargo tuvo conocimiento del contenido de la demanda de revisión de la causa que interpuso el demandado ante el Tribunal de la Rota en 20 de octubre de 1991, tras el fracaso en 6 de julio de 1990 de su demanda de nulidad matrimonial ante el Tribunal Eclesiástico...", y que, por ello, el demandado se había casado con ella sin quererla y sólo por utilizarle laboralmente, por lo que hubo de abandonar su profesión de maestra durante 14 años, y ahora se encuentra en el paro.

El demandado se opuso a dicha pretensión, alegando la excepción de cosa juzgada dado que se convino y suscribió el convenio regulador de los efectos económicos sin vicio alguno y la existencia de la Sentencia firme de divorcio.

La sentencia recurrida argumentó al efecto que "Todas las alegaciones de la actora parten del momento en que tiene conocimiento de que el marido sostiene ante el Tribunal de la Rota su inmadurez para comprometerse en matrimonio, su falta de voluntad para hacerlo y su exclusivo interés en aprovecharse de su convivencia para su explotación meramente laboral o profesional. Semejantes alegaciones, según la jurisprudencia citada, constituirían una variedad dentro de la conducta dolosa por incidir en clara reserva mental en la declaración de voluntad al contraer matrimonio, ocultando astutamente circunstancias, que, de haber sido conocidas provocarían la negativa de la recurrente. Sin embargo, así quedaría demostrada su buena fe y el dolo contrario en caso de nulidad de matrimonio, pero aquí se plantea el vicio del consentimiento como una secuela el divorcio y para variar sus efectos. Es verdaderamente difícil mantener que una convivencia matrimonial prolongada durante más de catorce años, que siguió a un noviazgo de dos, pueda ocultar unos designios tan mezquinos como el simple aprovechamiento laboral de la esposa...": y, ya haciendo extensiva su declaración judicial a la también segunda pretensión de incremento patrimonial, se añade: "La pretensión de la apelante está tan vinculada al pronunciamiento jurisdiccional firme de divorcio, que ni siquiera un propósito transaccional positivo podría desvincular la escritura de liquidación de gananciales del contenido del proceso matrimonial, pues forma parte del conjunto de pronunciamientos de la sentencia, sin que pueda alterarse fuera del ámbito jurisdiccional adecuado. Las acciones que ejercitó la demandante no hicieron referencia alguna a los supuestos que regula la LO 1/1982 u otras de análogo significado, sino, en exclusiva, a la validez de su consentimiento prestado en sendos procesos matrimoniales de separación y divorcio, de los que ningún dato ni prueba alguna revela su ineficacia, siendo aparte que el fraude descubierto pudiera o no ser trascendente en un juicio de revisión, pero no en declarativo independiente y previo y en jurisdicción distinta a la de familia donde fue valorado y sin que se haya desvirtuado válidamente dicha valoración. Como consecuencia, procede revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda de la apelante."

A modo de preámbulo alega la recurrente que la sentencia de la Audiencia centra el objeto del pleito en la validez del consentimiento recaído tanto en las actuaciones de la separación y divorcio, como en el convenio regulador, lo que según la recurrente no es de recibo, pues, la acción tiende a la indemnización de daños y perjuicios sufridos por la actora, así como la adición de la liquidación de la sociedad de gananciales, otorgada en 25 de febrero de 1990, por lo que es un desvío que se subraya para ilustrar los Motivos, y que por ende, se comenta al estudiar los citados.

En el primer motivo se denuncia la infracción de los arts. 1269 y 1270 del CC, pues, esta parte realiza su petición no en base a la nulidad del matrimonio, sino a la existencia del dolo, al menos incidental, que ampara aquella reclamación, lo que supone un "plus" más a las medidas económicas derivadas; dolo en que incurrió el marido por sus manifestaciones en el pleito de revisión de la causa de nulidad (en el FJ 4.º, se transcriben esas manifestaciones al decirse "... nunca tuvo verdadero consentimiento matrimonial, existiendo entre ellos sólo un noviazgo profesional, sin que existiera por tanto entre los mismos vida íntima sino solamente relación laboral, casándose con ella porque le prestaba un buen servicio, entendiendo por ello la demandante que ha sufrido un engaño por la actitud del esposo que se mantuvo durante catorce años, utilizándola para sus fines mientras le ayudaba en el negocio, suponiendo ello una conducta dolosa que implica lesión y engaño, y habien-

do abandonado para ocuparse de la casa y negocio su profesión de maestra...", por lo que no puede dejarse impune el hecho de que una persona manifieste ante un Tribunal hechos dolosos, falsos o ciertos, sin consecuencia alguna. Esa falsedad obliga a la contraria a tener que actuar en defensa de sus derechos. Además el dolo exige que lo manifestado sea incierto, pues si fuera cierto no existiría el mismo.

El Motivo no prospera, porque cualquiera que sean esas manifestaciones, lo cierto es que en ambas sentencias, sobre todo, en la recurrida se analiza *"ad hoc"* el contenido del consentimiento prestado por la recurrente en aquellos procesos de separación y divorcio, en los que, según la interesada, aconteció o tuvo que acontecer el dolo denunciado, a lo que la Sala se opone, y no reconoce sino que parte, en su decisión o la fundamenta, en la integridad y ausencia de vicios de cualquier clase en el consentimiento prestado por la demandante, lo que, en su caso, tampoco podría sostenerse porque podría, hasta con ello, aspirarse a una tardía e improcedente revisión de la cosa juzgada dimanante de aquellas resoluciones de 9-1-1987 y 8-6-1989, aparte de que, en materia de vicios del negocio, se decía en Sentencia 16/10/03: "La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento —art. 1265—, y el cumplimiento o no del mismo, es cuestión de mero hecho y como tal su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, denunciando la existencia de error de derecho con invocación de la norma valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida..." SS 27-11-1991, 6-9-1995, 18-7-1996, 5-4-1999, 29-2-2000, 12-4-2000, 17-1-2001, 8-3-2001, 14-2-2002, 15-10-2002, 5-2-03, 18-2-2003; 3-3-2003, 11-3-2003, 24-3-2003, 22-7-2003.

2. **Acción de adición a la partición**

En el segundo motivo se alega la infracción, por inaplicación del art. 1079 del CC que dispone: "La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complemente o adicione con los objetos o valores omitidos", razonando que ha quedado probado en las actuaciones que en la liquidación se omitieron bienes y por lo tanto deben adicionarse, como lo hace la Sentencia de Primera Instancia, y que no se combate en este procedimiento la validez del consentimiento de la actora en el Convenio Regulador o Sentencia de Divorcio —Fundamento Cuarto de la Sentencia de la Audiencia—, ya que aquí se trata de valorar la indemnización y adicionar a la Liquidación de la Sociedad Legal de Gananciales otorgada notarialmente, los bienes que no se incluyeron. En el motivo tercero, denuncia la inaplicación del art. 1410 sobre el juego de las reglas para la participación y liquidación de herencia en la liquidación de gananciales. En el motivo cuarto se denuncia la inaplicación de los arts. 1359 y 1360, en relación con el negocio de fontanería y, en el motivo quinto, en cuanto por los artículos 1347 y 1361 del CC, sobre sus derechos en el arrendamiento del negocio y el correspondiente al traspaso del mismo.

Para responder a citados Motivos, señala el Tribunal Supremo, conviene recordar un cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre los principios informadores del carácter de los bienes integradores o de una sociedad de gananciales, a saber:

Se decía en Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2002, —FJ 3.º—: La Sala y habida cuenta de que la controversia versa sobre una serie de conflictos de intereses recayentes en la existencia de una comunidad económica en régimen de gananciales entre el causante —hermano del recurrente, actor— y su cónyuge supérstite demandada, presupuesto previo del que surge *ex post* su pretensión de rescisión parcial de la partición

del patrimonio relicto de ese *de cuius, ex* art. 1074, a resultas de una serie de operaciones y tránsitos dinerarios operativos en cada uno de las dos masas integradores de aquel acervo ganancial, reproduce un esquema de principios aplicables al litigio:

a) Principio de equivalencia o mantenimiento del carácter de los bienes: Si un bien se aportó al matrimonio como privativo de un cónyuge o se adquirió luego como ganancial, ha de mantenerse dicho carácter al disolverse la sociedad, incluso cuando haya experimentado una transformación plusvalorativa o mejora a tener en cuenta sí en su mera repercusión económica, en su caso.

b) Principio de equivalencia entre la causa y efecto de la plusvalía: Se parte de la contemplación de los módulos determinantes del superior valor en sus respectivos momentos, y, en consecuencia, si por un proceso de transformación mejorativa —plusvalía interpuesta— existe diferencia entre el valor del bien en origen al aportarlo o adquirido, según sea privativo o común, y el valor final liquidatorio, al disolverse la sociedad, la mentada equivalencia conduce a que la causa determinante del cambio, naturaleza del dinero o expensa empleada, se corresponda con el efecto económico producido, y, por lo tanto, el incremento de valor así obtenido se subsuma en una naturaleza patrimonial idéntica a la de esa causa; así si la causa —dinero— es privativa de un cónyuge, el efecto producido —mejora de un bien privativo o común— será que la parte mejorada corresponde al titular del dinero, y si esa mejora se embebe o incorpora al bien de carácter dispar —dinero privativo que mejora un bien común— el titular privativo tendrá derecho al resarcimiento económico.

c) Sistemas de reembolsos: Cuando por razones de política legislativa la norma innova el carácter del bien transformado, configurando un primitivo bien privativo como común pero mejorado, habrá de compensarse al titular particular en cierto modo expoliado, bien abonando el valor de dicho bien, o bien concediendo una expresa acción de reembolso o reintegro del valor satisfecho a costa del caudal propio.

d) Principio de equilibrio patrimonial y juego de la subrogación real: Este equilibrio que también reaparece en los anteriores principios de equivalencia, conduce al uso de la subrogación real; en efecto, cuando acaece un cambio íntegro de un bien por otro hay que analizar la causa o proceso desencadenante de ese cambio: tanto lo sea de forma directa —*v. gr.,* permuta— o indirecta, merced a una venta interpuesta y con su precio obtener una nueva adquisición subrogada: así, si se aporta un bien privativo y durante el matrimonio se permuta por otro, es claro que la subrogación es literalista, al igual que si se adquiere dinero a título gratuito y luego se invierte en la adquisición de un bien, o se vende el privativo y con su importe se adquiere otro, también el objeto patrimonial así incorporado ha de mantener el carácter privativo de que trae causa.

Por otro lado, en Sentencia de 14-3-2002, se expresa: "... en el elenco básico del art. 1347, se refleja en sus diferentes casos, que para el legislador, existen tres medios por los que un bien puede calificarse de ganancial: 1. A través del trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges —comunidad de esfuerzos—; 2. En razón al carácter principal de los bienes del matrimonio —comunes o propios— y a la exigencia de subvenir a las cargas del mismo que provocan la accesoriedad de los frutos derivados y su imputación a esas cargas —comunidad en el sostenimiento de la sociedad—, y, finalmente; 3. Dentro de las adquisiciones a título oneroso en el amplio juego de la subrogación real, todos aquellos bienes obtenidos o realidades económicas creadas merced a recursos comunes —ganancias o beneficios— que da lugar a la comunidad en el costo. A la llamada comunidad en las cargas que a los cónyuges se les impone, vía genérica del art. 1318.1.º, o específica del 1362.1.º, obedece esta razón atributiva del núm. 2: 'Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales': o

sea, dada la adscripción accesoria de tales frutos, rentas o intereses a los bienes de que proceden, constituyen un exacto beneficio enmarcado en la delimitación objetiva del 1344, y por tanto su atribución ganancial, y, por ende, la garantía de ellos coadyuvará al cumplimiento de aquel deber; cualquier rendimiento, pues —la enumeración es completa— proveniente de los bienes, se reputará siempre ganancial.

La Ley igualmente establece el régimen de gastos a cargo de la Sociedad de Gananciales para gestionar esos frutos, art. 1362-2.º, serán de cargo de la Sociedad de Gananciales los gastos que originen: 'La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes': también se contempla el supuesto en el parcial 1408-4.º y la razón es elemental, pues el propio contenido patrimonial de la sociedad comporta que la misma cargue con los gastos de constitución o mantenimiento de su patrimonio; adquisición de bienes comunes, como vía onerosa de incorporación de bienes que remite el art. 1347.3.º 4.º; tenencia de esos bienes, en lo relativo —así lo prescribía el precedente citado— a los gastos de su conservación o reparaciones precisas al efecto; y disfrute de los bienes comunes, que, naturalmente, requiere los gastos de su previa explotación origen de esos frutos; esa tenencia y disfrute, forman parte de la llamada administración ordinaria de los bienes comunes. Y sobre el alcance de la Administración ordinaria, por coherencia con el designio legal del art. 1347.1.º —afección ganancial de las ganancias y frutos derivados de los bienes privativos—, el precepto estipula que 'Los frutos y ganancias de los patrimonios privativos y las ganancias de cualquiera de los cónyuges forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales. Sin embargo, cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá, a este solo efecto, disponer de los frutos y productos de sus bienes', y esa sujeción habrá que adecuarla al elenco de 'cargas y obligaciones de la sociedad' de los artículos 1362 y ss ..."

En consecuencia, y siendo procedente la acción entablada al respecto en mor a los citados arts. 1079 y 1410 —en su reenvío— es indiscutible que, en lo relativo a la inaplicación de los arts. 1359 y 1360, en torno a la titularidad del negocio de fontanería, no es posible, como hace la Sala *a quo,* invalidar cualquier pretensión *ex post* para acreditar su verdadero carácter tras esa liquidación por no apreciarse vicio alguno cuando se pactó aquella distribución, cuando se demuestra que por su indebida omisión procede su adición y, así lo expresa con acierto el Juzgado acerca de ese negocio en su FJ 4.º, al recoger las mismas manifestaciones del marido sobre la colaboración de su esposa diciéndose que, "... estas manifestaciones, que han de valorarse dentro de la doctrina de los actos propios —aunque las niegue en su confesión ante este Juzgado, alegando que las realizó para obtener la nulidad matrimonial— y el resto de las pruebas documentales demuestran que la esposa colaboró de manera decisiva en el negocio, y que éste progresó de manera importante durante la etapa matrimonial, por lo que, aunque el inicio del negocio fuese anterior al matrimonio, debe aplicarse lo señalado en el art. 1359, párrafo 2.º del CC, que menciona que si las mejoras en bienes privativos fuese debida a inversión de fondos comunes o de actividad de cualquiera de los cónyuges la sociedad será acreedora del aumento de valor que los bienes tengan al tiempo de la disolución.

El informe que emite el perito don Ángel Jesús señala que la valoración del negocio de fontanería al año 1987, no sería inferior a 46,5 millones de pesetas y al año 1990 de 175,7 millones, y que llega tal conclusión partiendo de los datos que menciona en las hojas 4, 5 y 6 de su informe, y sin que haya podido obtener datos de la contabilidad de la parte demandada, a pesar de haberlo interesado. Teniendo en cuenta por tanto este informe, la reclamación que realiza la parte

actora de adicionar, en su haber, la liquidación de la sociedad de gananciales por el negocio de fontanería en quince millones de pesetas es perfectamente ajustada a Derecho"; por lo que, se acepta el motivo cuarto y el quinto, y, respecto al derecho de arrendamiento / traspaso sobre el local y extensivo al carácter ganancial de la furgoneta reseñada ..., según el FJ 5.º (y, 6.º *in fine*): "En cuanto al arrendamiento del local de negocio sito en la calle 000, hemos de partir del hecho cierto de que el arrendamiento de dicho local se lleva a cabo en fecha 2 de febrero de 1977, es decir, posteriormente a la celebración del matrimonio, y que fuese o no el local centro del negocio, o almacén de materiales, como dice el demandado, el hecho cierto es que sirvió al negocio y por tanto el posible derecho de traspaso que le corresponda ha de incluirse en el haber partible, puesto que el caudal partible de la sociedad de gananciales está constituido por todos los bienes y derechos existentes en el matrimonio al momento en que se produzca la disolución, y así lo menciona la STS de 21 de mayo de 1994. Por lo que debe estimarse la demanda en este punto, debiendo adicionarse la liquidación de la sociedad, con la cantidad que corresponda al derecho de traspaso mencionado y que se determinará en ejecución de sentencia"; Son estas consideraciones o apreciaciones fácticas, que, como se dice, la Sala elude y engloba en su afirmación omnicomprensiva de que el consentimiento válido invalida cualquier efecto residual o anulatorio derivado del mismo, si es que, como en autos, se constata su errónea calificación o naturaleza de los bienes afectados, por lo que, de igual forma se acoge el Motivo Quinto.

En consecuencia con la acogida de los Motivos Cuarto y Quinto y, actuando la Sala a tenor del art. 1715-2-3 de la LEC, hace suyos, como se ha expuesto, los argumentos de la instancia referidos a los susodichos Motivos, por lo que, confirma la misma y deja sin efecto la recurrida, con los efectos derivados, sin que a tenor del artículo 1715.2.º de la LEC, proceda imposición de costas en ninguna de las instancias, al hacer uso el tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los arts. 523, 710, 873 y 896 de dicha Ley, aplicables en su caso, al litigio.

3. *No pueden incluirse en el activo de la sociedad de gananciales unas participaciones de una sociedad civil constituida para la construcción de unas viviendas cuando se produjo la quiebra de la misma y por tanto no existían en el momento de la disolución.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de noviembre de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Guillermo promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D.ª María del Pilar en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: "Se declare que el patrimonio ganancial for-

mado por mi representado y la hoy demandada está integrado por los bienes/partidas reflejadas en el hecho tercero de la presente demanda, y ello con expresa imposición de costas a la parte demandada si mediara temeridad y mala fe procesal".

- 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 "se resuelva lo siguiente: A) Declarar previamente, en el acto de la comparecencia preceptuada en el art. 693 de la LEC, la existencia de la excepción de litispendencia y resolver de conformidad con lo dispuesto en la regla 4.ª del mismo, es decir, sobreseyendo el proceso y ordenando el archivo del mismo con la condena en costas al actor. B) Alternativamente, para el caso de que no se resolviera en la forma expresada en el apartado anterior, en la sentencia que se dicte apreciar la existencia de la excepción de litispendencia, sin entrar en el fondo del asunto, condenando en costas al actor. C) En el caso de que no se admitiera la excepción, declarar como bienes de la sociedad conyugal integrada por actor y demandada, no sólo los que se reflejan en el hecho tercero de la demanda, sino también la totalidad de los que constan en el primero de la reconvención. D) Declarar se proceda a la valoración de la totalidad de los bienes (de la demanda y de la reconvención) y a su reparto por mitad entre actor y demandada. E) Y, en estos dos últimos apartados, condenar en costas al actor."
- 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 "desestime la demanda reconvencional en el sentido de incluir como bienes gananciales la totalidad de los reseñados en el hecho primero de la reconvención, debiéndose incluir solamente aquellos que efectivamente resulten, y ello sin expresa imposición de costas a las partes en concerniente a la reconvención".
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Villareal dictó sentencia el 30 de octubre de 1995 estimando la demanda y declarando que el patrimonio ganancial de ambos está integrado por los bienes y derechos reflejados en el hecho tercero de la demanda, en los términos que se expresan en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia, con imposición de costas a la demandada; y asimismo, estimando parcialmente la reconvención, declaró como bienes que también han de integrar dicho patrimonio ganancial las acciones, participaciones sociales y cantidades que se mencionan en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, sin pronunciamiento especial sobre las costas.

- En grado de apelación la Sec. 2.ª de la AP de Castellón dictó sentencia el 17 de noviembre de 1997 desestimando el recurso interpuesto por la representación procesal de Dña. María del Pilar.
- D.ª M.ª del Pilar interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El primer motivo estima infringido el art. 1347.5.º del Código Civil y considera que en su escrito de contestación a la demanda mencionó en el apartado h) y se refirió a las "participaciones sociales de la sociedad civil constituida por el actor y la demandada con otras personas, cuyo objeto era la construcción de un edificio o grupo de edificios, compuestos por 27 viviendas y un local comercial en la localidad de Guarromán, en la provincia de Jaén y de la que don Guillermo (el actor) era el Administrador". La sentencia de primer grado estimó tal cuestión irrelevante, porque uno de los socios manifestó que dicha sociedad tuvo pérdidas y los socios no recuperaron el capital invertido. La sentencia de la Audiencia confirma la de primera instancia. Pero el recurso insiste en que está probada la existencia de sociedad civil y luego, perdido el control casacional, intenta apreciar la prueba, lo que no le está permitido en este recurso extraordinario y afirma que el que un testigo al contestar a una repregunta manifiesta que hubo pérdidas no permite excluir las aportaciones de los cónyuges. Concluye que las participaciones están ahí y debieran figurar en el inventario.

El motivo decae, por el resultado de la prueba de instancia, porque de un certificado del Sr. S. y de su testimonio en autos se acredita la creación de una sociedad para la construcción de 27 viviendas de Protección Oficial en Guarromán, siendo el recurrido en esta vía casacional el socio capitalista, perdiéndose sus aportaciones y produciéndose la quiebra de tal sociedad. Por otra parte, como la aportación lo fue a una sociedad civil, resulta por ello incorrecto pretender incluir la misma en el activo, porque según proclama el art. 1397 del Código Civil, "habrán de comprenderse en el activo: 1.º Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución" y así se ha repetido por la sentencia de esta Sala de 21 de mayo de 1994, al recoger que el caudal partible de la sociedad de gananciales está constituido por todos los bienes y derechos existentes en el matrimonio en el momento en que se produzca la disolución del régimen ganancial, cualquiera que sea la causa de disolución y que no sean privativos de los cónyuges. Para determinar los bienes y deudas existentes en tal momento habrá que acudir al art. 1247 y concordantes del mismo Código, pero no nos señala ninguno que haya que incluir aportaciones sociales desaparecidas. El motivo decae por ello.

El segundo motivo aduce infracción del art. 1347.1.º y se refiere a cantidades que el matrimonio tiene depositadas en Banesto, Santander y Bilbao Vizcaya, añadiendo que el actor, auxiliado por determinadas personas, simuló el otorgamiento de dos importantes créditos que dejó de pagar desde el primer plazo y determinó la promoción de dos juicios ejecutivos en los que se le embargaron tales cantidades depositadas, siendo la forma de actuación idéntica entre uno y otro crédito, no existiendo ni dos meses de diferencia y añadiendo asimismo que con ello se pretende coaccionar a la esposa para que se avenga a consentir en la liquidación de la sociedad de gananciales. Luego, pretende realizar una valoración de la prueba y

aquí este Tribunal no puede seguirle ante tamaña irregularidad procesal.

El motivo perece inexcusablemente. La sentencia del Juzgado, cuyos fundamentos jurídicos son aceptados plenamente por la resolución de alzada, recoge en su fundamento segundo B): "Metálico: su importe se concreta en estos saldos bancarios, 1.º 67.553 pts. cuenta n.º (...) de Banesto (certificación de 3-3-1995), y 2.º 755.335 pts. cuenta n.º (...), 16.164 pts. cuenta n.º (...), y 74.579 pts., cuenta n.º (...) de Bancaja (certificación de 16-3-1995)". Luego el motivo pretende incluir en el activo las cantidades de 9.500.000 pts. y 17.000.000 de pts., cantidades principales en unos juicios ejecutivos seguidos en los Juzgados de Primera Instancia n.º 3 y n.º 4 de Castellón, con alegación de que tales cantidades fueron sustraídas por el recurrido del patrimonio ganancial en perjuicio de doña María del Pilar. Pero, aunque ello se aceptara —lo que se dice tan sólo a efectos meramente dialécticos y discursivos— la cantidad se tendría que limitar a lo tomado del patrimonio común, pero nunca a lo reclamado por terceros acreedores. Por ello, al no quedar probado que el Sr. Guillermo fue el único beneficiario de tales préstamos, no puede encontrar aplicación el art. 1347.3.º del Código Civil. Las sentencias de instancia llegan a la conclusión de que no quedó probado que el nominal de los préstamos fueran dispuestos en exclusivo beneficio del recurrido, salvo el sobrante del ejecutivo 748/1989 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Castellón que fue reintegrado al actor e incluido en el activo de la sociedad de gananciales. El motivo decae por ello.

4. *Competencia de los Tribunales españoles para conocer de la demanda solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales de un matrimonio entre española y alemán que quedó disuelto por sentencia dictada en un tribunal alemán y que obtuvo el correspondiente exequátur.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Braulio, de nacionalidad alemana y D.ª Rebeca, de nacionalidad española, contrajeron matrimonio en Alemania, donde fijaron su residencia, si bien a temporadas permanecían en España, figurando censados en ambos países, desde aquella fecha de celebración del matrimonio, año 1981, y en Zaldierna concretamente desde 1985.
- Durante el matrimonio, ambos cónyuges adquirieron una vivienda en Zaldierna (La Rioja), que fueron mejorando con aportaciones de la sociedad de gananciales.
- Por sentencia del Juzgado Municipal de Düsseldorf (Alemania) de 21 de diciembre de 1988, se declaró disuelto el matrimonio por divorcio, otorgán-

dose a tal sentencia el "exequátur" en España, por Auto del TS de 2 de julio de 1993.

- En sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Haro de 25 noviembre 1993, se estimó la demanda de doña Rebeca, contra don Braulio, declarándose que "la sociedad de gananciales formada en su día por los litigantes resulta acreedora del aumento de valor experimentado por la casa de autos sita en Zaldierna, aldea de Ezcaray".
- Instada la ejecución de dicha sentencia, se le denegó a la actora, por Auto de 16 octubre 1994 por entender el Juzgado que aquella sentencia era de carácter declarativo y no de condena por lo que no puede exigirse que en ejecución del mismo se proceda a una auténtica liquidación de la sociedad de gananciales.
- D.ª Rebeca interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Braulio en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se condene al demandado a estar y pasar por la liquidación de la sociedad de gananciales existente entre las partes mientras duró el matrimonio a cuyo efecto deberán traerse a la masa ganancial todas las partidas que resulten del inventario a practicar en forma legal, con fijación de las cuotas respectivas y adjudicación de las mismas a cada cónyuge.
- D. Braulio contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y formulando las excepciones de falta de competencia y de jurisdicción internacional, falta de competencia territorial, de litispendencia y de prescripción y negando la cuestión de fondo, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que, bien estimando cualquiera de las excepciones invocadas y las nulidades denunciadas, bien entrando a conocer del fondo, rechace la demanda y absuelva de la misma al demandado. Con imposición de costas a la contraparte.
- El Juzgado de 1.ª Instancia de Haro dictó sentencia el 20 de marzo de 1997 estimando la demanda y condenando al demandado a estar y pasar por la liquidación de sociedad de gananciales existente entre las partes, para lo cual se deberá instar el procedimiento correspondiente en el que se traerán a la masa ganancial todas las partidas que resulten del inventario con fijación de las cuotas respectivas y adjudicación de las mismas a cada cónyuge, con expresa imposición de las costas a la parte demandada.
- En grado de apelación, la AP de La Rioja dictó sentencia el 3 de diciembre de 1997 desestimando el recurso interpuesto por D. Rogelio.
- D. Rogelio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión jurídica esencial que se plantea, en la instancia y en casación, es la jurisdicción del órgano jurisdiccional español y, menos esencial, la competencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Haro.

La Ley Orgánica del Poder Judicial regula, a partir del artículo 21, la extensión y los límites de la jurisdicción, es decir, de los órganos jurisdiccionales españoles, alcanzando a las relaciones y procesos entre españoles y extranjeros, lo que desarrolla, en una serie de reglas, el artículo 22; en éste, se impone la jurisdicción española en unos casos que enumera el número 1.º, entre los que se encuentra el reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero. A continuación, como primera regla, en el número 2.º, la sumisión expresa o tácita. Sumisión que es tratada específicamente por la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 1993 que dice: "el tratamiento procesal de la falta de jurisdicción se realiza por el cauce establecido para las declinatorias..."

Partiendo de ello, es clara la desestimación de los motivos primero (en base al artículo 1692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y quinto (al número 4.º del mismo artículo) que reiteran lo mantenido en la instancia, la falta de jurisdicción de los Jueces y Tribunales españoles. La pretensión que se ha ejercitado en el presente proceso no es sino ejecución de la sentencia de divorcio, de 21 de diciembre de 1988, dictada por el Juzgado de Düsseldorf (Alemania) y de la sentencia de declaración de ganancialidad, de 25 de noviembre de 1993, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia de Haro. Ejecución de sendas sentencias extranjera y española que corresponde a la jurisdicción española. Además, en la contestación a la demanda, la parte demandada, Sr. R., se sometió tácitamente, al no proponer en forma la declinatoria, lo que asimismo había ocurrido en el proceso anterior seguido ante el mismo Juzgado de Haro.

En consecuencia, no se ha infringido el artículo 9.2 del Código Civil puesto que es una norma de Derecho internacional privado destinada a determinar la normativa aplicable a los efectos personales y especialmente los patrimoniales, atinentes al régimen económico-matrimonial, del matrimonio, pero no a los efectos de la disolución del mismo. Tampoco, el artículo 22.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial puesto que la demandante tenía, según recoge como hecho acreditado la sentencia de instancia, el domicilio en España y, aparte de ello, son prevalentes los criterios que se encuentran en los números primero y segundo del mismo artículo, antes expuestos, que sí se aplican. Por ello, se desestima el motivo primero. Ni tampoco se han infringido los artículos 24 de la Constitución Española ni 283.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que en nada se han alegado, ni razonado, en el recurso. Por ello, se desestima el motivo quinto.

La segunda cuestión que se plantea, menos esencial y de mucha menos enjundia, por la indudable solución, es la falta de competencia territorial que se alega, como segundo motivo del recurso de casación, al amparo del n.º 2 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 533.1.º en relación con el artículo 62.1.º de la misma Ley.

El motivo se desestima por dos razones. En primer lugar, porque se ha producido —como se ha dicho al analizar el motivo anterior— una sumisión tácita, no sólo a la jurisdicción española en general, sino en particular, a la competencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Haro, sumisión tácita, según el artículo 58.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que, al ser demandado no propuso la declinatoria, sino que contestó la demanda. En segundo lugar, en relación con la an-

terior, la falta de competencia territorial ha de ser alegada por vía de declinatoria o inhibitoria.

En este sentido, la sentencia de 4 de marzo de 1995 dice: "es doctrina consolidada de esta Sala recogida en sentencias de 25 de febrero de 1991, 5 de febrero de 1992, las dos sobre esta materia de 30 de diciembre de ese mismo año 1992, la de 23 de febrero de 1993 y las de 9 y 31 de enero y 5 de febrero de 1994, la de que la reforma llevada a cabo en la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley de 6 de agosto de 1984 erradicó del catálogo de excepciones dilatorias del art. 533 la de incompetencia territorial, manteniendo como tales únicamente la falta de competencia objetiva o funcional; de ahí que haya de entenderse que el art. 79.1.º de la Ley Procesal, según el cual "las declinatorias se sustanciarán como excepciones dilatorias o en la forma establecida para los incidentes", queda reducido a su segunda parte, en lo referente a la incompetencia territorial, puesto que ésta no está enumerada como excepción dilatoria, y por tanto no rige para ella el artículo 687 de la citada Ley, referente a su proposición en los juicios de menor cuantía; debiendo plantearse la cuestión de competencia, como declinatoria o inhibitoria, pues en otro caso se produciría la sumisión tácita de acuerdo con el artículo 58.2.º de la repetida Ley."

Los motivos tercero y cuarto del recurso de casación, formulados al amparo del n.º 3.º del artículo 1692.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegan la infracción de normas procesales.

El primero de ellos, la del artículo 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por razón del emplazamiento, pero sin expresar cuál es la norma de que se ha prescindido total y absolutamente o cuál es el principio que se ha infringido; no se cumple lo ordenado por el artículo 1707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello, el motivo puede ser inadmitido, deviniendo su inadmisibilidad, causa de desestimación en este momento procesal. Pero debe ser desestimado también, porque no consta la situación fáctica que alega para justificar un supuesto defectuoso emplazamiento; no aparece constancia alguna de ninguna de sus alegaciones, sino un correcto emplazamiento; por último, tampoco se vislumbra indefensión alguna, ya que ha contestado la demanda y seguido el proceso en todos los trámites hasta llegar a casación.

El segundo de ellos, tampoco expresa la norma procesal que considera infringida, por lo que cabe su inadmisión, ahora causa de desestimación, en virtud de lo previsto en el artículo 1710.1.2.º en relación con el 1707, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el desarrollo del motivo, explica que se le ha denegado una prueba "inexplicablemente por el Juzgado"; la casación se refiere a la sentencia de la Audiencia Provincial, por lo que la supuesta infracción cometida en primera instancia debe ser denunciada o pedida la subsanación en la segunda, como ordena el artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por tanto, la denegación de prueba se concreta a la de la Audiencia Provincial cuyo auto de 7 de mayo de 1997 resuelve la cuestión de forma contundente cuando en su razonamiento jurídico primero expresa que, teniendo la actividad probatoria como finalidad la fijación de los hechos con objeto de formar la convicción del Juzgador sobre lo alegado por las partes, resulta inútil proponer prueba sobre hechos ya admitidos o no controvertidos, o sobre los que son notorios, y de ahí, la facultad que la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga al Juez de rechazar de oficio aquellas pruebas que se refieran a hechos no controvertidos y los que a su juicio resulten impertinentes o inútiles, artículos 566 y 565 de dicha ley.

En todo caso, la facultad de apreciar la pertinencia o impertinencia de la prueba, corresponde al Tribunal de instancia, a no ser —que no es el caso presente— que aparezca una indefensión contraria a la ley y al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Como dice la sentencia de 11 de diciembre de 2002, siguiendo una reiterada doctrina: "la línea jurisprudencial concerniente a

que el recibimiento a prueba en la segunda instancia tiene carácter excepcional, y sólo puede acudirse al mismo si se cumplen los dos requisitos siguientes: 1.º, que se dé alguno o algunos de los eventos especialmente contemplados al efecto en el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y 2.º, que los hechos que mediante la prueba se intenten acreditar, guarden la debida relación de congruencia con las peticiones deducidas por el actor o con las excepciones opuestas por el demandado, ya que, al amparo de esta excepcional prueba en el trámite de apelación, no cabe intentar con éxito modificación alguna en los términos en que fue planteada, y, a su vista, fue resuelto el litigio en la primera instancia del juicio (STS de 21 de noviembre de 1963), amén de que ha de evitarse que, al socaire de esta facultad, los litigantes dilaten la duración normal del proceso con diligencias inútiles o que pudieron ser realizadas en tiempo oportuno (STS de 11 de noviembre de 1967)."

El último de los motivos que queda por resolver, el sexto, está formulado al amparo de lo dispuesto en el artículo 1692, número 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no expresa qué norma ha sido infringida, ni se deduce de su exposición, en la que, simplemente, discute la cuestión fáctica que aparece en la sentencia de instancia, olvidando que la función de la casación está muy lejos de la apelación y no es una tercera instancia. Así, la sentencia de 10 de abril de 2003 dice, en este sentido: "la función de la casación consiste en verificar si la resolución recurrida ha efectuado una correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos previamente fijados, y en ningún caso permite investigar si en las actuaciones hay soporte fáctico suficiente para fundamentar las alegaciones que se hacen en el recurso, porque no cabe convertir el recurso extraordinario en una tercera instancia, y menos todavía si, como en el caso ocurre, se ha desaprovechado la apelación por causa imputable a la propia parte".

Por tanto se desestima este motivo, al igual que los anteriores, lo que lleva consigo la condena en costas y la pérdida del depósito, conforme a lo dispuesto en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV. UNIONES DE HECHO

1. *Desestimada la demanda interpuesta por el compañero sentimental de la demandada solicitando que se declare que es de su propiedad un solar y lo en él construido y que figuran a nombre de aquélla al no considerarse la existencia de ningún negocio fiduciario y sí por el contrario la existencia de un ánimo de liberalidad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Arturo interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Remedios, D. Vicente y D.ª Mariana solicitando se dictara sentencia por la que: 1.º Se

declare el carácter de mandataria con la que actuó D.ª Remedios, al adquirir la parcela reseñada en la escritura de compraventa autorizada por el Notario D. Fernando Guardiola Sala el día 11 de febrero de 1984, declarando, en su consecuencia que la finca objeto del procedimiento es propiedad de D. Arturo. 2.º Se condene a D.ª Remedios, a reintegrar a mi principal la finca referida, sita en Cunit, con todos su derechos y accesiones, otorgando la escritura necesaria hasta lograr la inscripción en el correspondiente Registro de la Propiedad. 3.º Se declare la nulidad de la escritura de obra nueva de 21 de junio de 1989, declarando asimismo la nulidad de la inscripción registral, referente a la finca n.º NUM001 objeto del procedimiento (asiento 4.º). 4.º Se condene a D.ª Remedios a satisfacer a mi principal los daños y perjuicios ocasionados por la vulneración del mandato, a fijar en período de ejecución de Sentencia.

- Con carácter subsidiario solicitó: 1.º Se decrete la nulidad de la escritura de compraventa otorgada por D. Vicente y D.ª Mariana, a favor de D.ª Remedios autorizada por el Notario de Calafell, D. Fernando Guardiola Sala el 11 de febrero de 1979, decretando la obligación de los Sres. Vicente y Mariana de otorgar escritura pública de la finca a favor de D. Arturo. 2.º Se declare la nulidad de la escritura de obra nueva autorizada por el Notario de Vilafranca del Penedés, D. Enrique Aldaz Riera el 21 de junio de 1989, declarando asimismo la nulidad de la inscripción registral, referente a la finca n.º NUM001 objeto del procedimiento (asiento 4.º). 4.º Se condene a D.ª Remedios a satisfacer a mi principal los daños y perjuicios ocasionados por la vulneración del mandato, a fijar en período de ejecución de Sentencia. Subsidiariamente, para el caso de que no se dé lugar a las dos anteriores peticiones: 1.º Se condene a Remedios, al pago a mi principal, de todas las cantidades satisfechas para la adquisición de la vivienda y realización de la obra, indicadas en el cuerpo de esta demanda, con más sus intereses legales, y los daños y perjuicios ocasionados."
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de El Vendrell, dictó sentencia el 4 de septiembre de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación la Sec. 1.ª de la AP de Tarragona dictó sentencia el 12 de marzo de 1997, desestimando el recurso interpuesto por D. Arturo.
- D. Arturo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presente recurso de casación trae causa de un juicio de menor cuantía promovido por el hoy recurrente alegando ser el verdadero propietario de un solar y de lo posteriormente edificado sobre el mismo pese a que formalmente figurasen titulados e ins-

critos a nombre de la demandada, titularidad formal explicable por la confianza y amistad largo tiempo habidas entre actor y demandada en virtud de la cual, y para poner a salvo dichos bienes de los acreedores de una sociedad de la que el actor era avalista y socio capitalista y de la que también eran socios un hijo de la demandada y su esposa, confirió un mandato no representativo a la demandada para que en la escritura pública de compraventa del solar figurara ésta como compradora pese a ser el actor quien había pagado íntegramente el precio, circunstancia de la que a su vez se habría aprovechado la demandada para otorgar posteriormente escritura de declaración de obra nueva pese a que lo edificado sobre el solar había sido costeado asimismo íntegramente por el actor.

Articuladas las tres peticiones de la demanda subsidiariamente, la primera para que se condenara a la demandada a reintegrar la finca al actor, la segunda para que se declarase la nulidad de las escrituras de compraventa y declaración de obra nueva, a cuyos efectos se demandaba también a los vendedores del solar, y la tercera para que se condenara a la demandada a pagar todas las cantidades satisfechas por el actor para adquirir la vivienda y realizar la obra, la sentencia de primera instancia la desestimó íntegramente por no considerar probado el alegado mandato fiduciario sino únicamente unos actos de administración o gestión del demandante en cuanto miembro de una unión de hecho con la demandada cuya posterior ruptura solamente podría dar lugar a una acción paliativa del enriquecimiento sin causa a dilucidar por los trámites correspondientes.

Interpuesto recurso de apelación por el actor, el tribunal de segunda instancia lo desestimó, aun admitiendo "una importante aportación personal y económica del demandante en el inmueble", por no considerar probada "su condición de propietario ni la mediación de una fiducia", sino tal vez "un ánimo de liberalidad, fácilmente apreciable ante una situación de convivencia de pareja, ya sea motivado por atención y afecto a la otra persona o bien por la ilícita razón de sustraer bienes a los acreedores".

El motivo primero, formulado al amparo del ordinal 4.º de dicho art. 1692 y fundado en infracción del hoy derogado art. 1249 del CC, impugna la apreciación de ánimo de liberalidad por el tribunal sentenciador por tratarse de una presunción fundada a su vez en otra presunción de convivencia de pareja que en realidad carecería de base probatoria alguna.

Así planteado, el motivo ha de ser desestimado desde su propia formulación ya que, según doctrina reiteradísima de esta Sala, a partir de la reforma del art. 1692 de la LEC de 1881 por la Ley 10/1992, el citado art. 1249 del CC carece de idoneidad para sustentar un motivo de casación sujeto a dicho régimen jurídico por no contener regla legal de valoración de la prueba (SSTS 26-12-1995, 6-3-1998, 21-11-1998, 5-3-1999, 27-12-1999 y 7-6-2002). Además, la apreciación de una unión de hecho o relación sentimental continuada entre actor y demandada no es tanto una presunción del tribunal sentenciador como una evidencia que no sólo se apunta ya en los propios hechos de la demanda (el demandante, de 72 años y viudo, conoció hace 14 años a la demandada, que hoy tiene 68; todos los años la demandada, residente en Méjico, venía a pasar alguna temporada a España, "acabando por vivir los últimos años dos trimestres alternos al año en cada uno de los países"; la amistad del actor con la demandada "le llevó a una relación que sin ser estable tenía continuidad en las temporadas que ésta pasaba en España"; aunque la demandada tenía domicilio propio en la misma localidad que el actor, "acompañaba a mi principal algunos fines de semana a la vivienda unifamiliar que éste había adquirido"; "por la edad de ambos y su condición", y por residir la demandada en Méjico, la relación entre ambos, aunque nunca llegó a ser estable, generó una mutua confianza que incluso dio lugar a que el actor iniciara a su costa un negocio de transportes en el que tuvo como accionistas al hijo de la demandada y su esposa), sino

que además queda manifiestamente corroborada por la confesión judicial del demandante reconociendo que cuando la demandada venía a España vivía en el piso de aquél y que la relación sentimental con la demandada la mantuvo el actor tanto en España como en Méjico, a donde aquél viajaba en numerosas ocasiones, de suerte, en suma, que el reproche al tribunal sentenciador contenido en este motivo carece del más mínimo fundamento.

Igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo segundo del recurso, amparado también en el ordinal 4.º del art. 1692 de la LEC de 1881 pero fundado ahora en infracción del hoy asimismo derogado art. 1253 del CC, porque orientado a que esta Sala considere acreditada la fiducia en virtud de los hechos base que alega el recurrente (importante aportación personal y económica del demandante y situación de riesgo para sus bienes), el motivo desconoce la reiteradísima doctrina de esta Sala que limitaba la idoneidad casacional del citado art. 1253 a los casos de arbitrariedad o falta de lógica de la deducción del tribunal sentenciador, sin admitirse censura casacional alguna de una determinada conclusión entre varias posibles (p. ej., SSTS 27-2-1992, 23-2-1993, 4-7-1996 y 17-4-1999), de modo que basta con remitirse a lo razonado en el fundamento jurídico anterior para concluir que la explicación de la conducta del actor por su relación sentimental con la demandada no sólo se ajusta a los hechos afirmados por las partes y a la prueba practicada, por ende directa, sino que además resulta mucho más verosímil que la hipótesis de la fiducia que por vía de presunciones quiere el recurrente imponer ante esta Sala faltando a los propios límites y naturaleza del recurso de casación.

El motivo tercero, formulado al amparo del ordinal 3.º del art. 1692 de la LEC de 1881 y fundado en infracción del art. 359 de la misma ley, denuncia incongruencia de la sentencia recurrida por haber desestimado el tercer pedimento de la demanda, subsidiario de los anteriores, con base en la inexistencia de pacto fiduciario, cuando en realidad, según el recurrente, el pacto fiduciario habría sido causa del primer pedimento pero no del tercero, de suerte que, al dejar a salvo el tribunal sentenciador la posibilidad del actor de reclamar el dinero por otra causa o razón, habría incurrido en denegación de justicia, vulnerando el art. 24 de la Constitución, y en infracción del principio *iura novit curia.*

Procede desestimar el motivo así planteado porque, además de ser jurisprudencia constante de esta Sala que las sentencias totalmente desestimatorias de la demanda no pueden ser incongruentes salvo que estimen una excepción no alegada y no apreciable de oficio o alteren la causa de pedir, lo cierto y verdad es que la causa de las peticiones de la demanda presentada en su día por el hoy recurrente, entendiendo por causa de pedir los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición individualizando e identificando la pretensión procesal (SSTS 24-7-2000, 13-12-2001 y 20-12-2002), lo cual se traduce, para un derecho de crédito, en los hechos concretos que dan lugar al nacimiento y adquisición del mismo (STS 19-6-2000), se limitaba única y exclusivamente al pacto de fiducia en virtud del cual la demandada, en cuanto mandataria del actor, había figurado como compradora del solar a efectos de titularidad puramente formal. De ahí que, siendo éste el único hecho jurídicamente relevante que servía de fundamento a las tres peticiones de la demanda, y por tanto también el único que se invocaba para justificar el nacimiento y adquisición del derecho de crédito cuya efectividad se reclamaba en el pedimento tercero de la demanda, el tribunal sentenciador no pudiera, so pena precisamente de caer en incongruencia, estimar ese pedimento con base en unos hechos que no consideraba en absoluto probados. Es más, si bien se mira, la sentencia impugnada no deja de ser beneficiosa para el recurrente en cuanto le deja abierta la posibilidad de reclamar lo que le corres-

ponda por haber terminado su larga relación de pareja con la demandada.

Finalmente, el motivo cuarto y último del recurso, formulado al amparo del ordinal 4.º del art. 1692 de la LEC de 1881 y fundado en infracción de la doctrina del enriquecimiento injusto, también ha de ser desestimado por traer ante esta Sala una cuestión absolutamente nueva que, no planteada en la demanda ni en el recurso de apelación, resulta manifiestamente inadmisible en casación, tanto según reiteradísima jurisprudencia como por la elemental razón de que el tribunal sentenciador nunca habría podido infringir una doctrina sobre la que no tuvo adecuada oportunidad de pronunciarse.

No estimándose procedente ninguno de los motivos del recurso, debe declararse no haber lugar al mismo y, conforme al art. 1715.3 de la LEC de 1881, imponer al recurrente las costas y la pérdida del depósito constituido.

V. RESPONSABILIDAD CIVIL

1. *Condena a la Xunta de G., entidad aseguradora y profesora del Colegio por el daño moral y las lesiones (incapacidad temporal y secuelas) que se produjeron en una menor, cuando en horario escolar, fue atropellada por un autobús en las inmediaciones del Colegio Público.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

ANÁLISIS DEL CASO

- La menor Asunción, que asistía como alumna al Colegio Público de T., cuyo horario escolar alcanzaba hasta las 17 horas, fue atropellada fuera del recinto escolar, del que salió por la puerta que estaba abierta, a las 16 horas 50 minutos, es decir dentro del horario escolar, mientras estaba bajo la guarda y vigilancia de la demandada profesora D.ª Rosa, por el autobús de la empresa "Transportes la U.". El atropello se produjo en las inmediaciones del Colegio Público de T., donde acaba la pista sin salida que conduce al centro y en donde los autobuses que realizan el transporte escolar efectúan las maniobras necesarias para su estacionamiento. Como consecuencia del atropello, la menor sufrió lesiones de las que tardó en curar 395 días, quedándole como secuelas estéticas: una cicatriz de 15 cm de longitud en la región interna del muslo derecho y múltiples cicatrices que se extienden por toda la superficie de la pierna izquierda, con importante deformidad de la misma por pérdida de tejidos blandos. Como secuelas funcionales, presenta un acortamiento de 1 cm de la pierna derecha, tendencia a la inversión del pie izquierdo por pérdida de la región posterior-interna de la pierna e insuficiencia vascular de retorno. Asimismo, a la menor, el traumático proceso de curación le ha causado trastornos psicológicos.

- El accidente ocurrió el 4 de diciembre de 1989, y la demanda se presentó el 17 de julio de 1995, absueltos por sentencia firme en el juicio de faltas el conductor del autobús y D.ª Rosa, y dictado el correspondiente título ejecutivo por razón del seguro obligatorio.
- D.ª Montserrat y D. Arturo en su propio nombre y en el de su hija menor Asunción interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Rosa, contra el Colegio Público de T. representado por su Director, contra la Xunta de G. y contra la Cía. Aseguradora A. en ejercicio de acción civil de culpa extracontractual por razón del atropello sufrido por la hija de los demandantes Asunción, solicitando se dicte sentencia por la que se condene conjunta y solidariamente por culpa extracontractual al amparo de los arts. 1902 y/o 1903 del Código Civil, a los demandados, o a quienes de ellos, y a tenor de la prueba que se practique, resulten responsables, a indemnizar a los actores en: "a) 10.000.000 pts. por los daños morales y perjuicios que se les han irrogado en su condición de padres de la menor Asunción. b) En la calidad que ostenta de representantes legales de la menor Asunción, en la cantidad de 1.975.000 pts. por razón de los 395 días que la menor tardó en curar y en la cantidad de 29.460.000 pts. por las secuelas. Las cantidades peticionadas habrán de incrementarse en el 20% anual desde la fecha del siniestro hasta la de su abono. Además devengan el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda y el interés básico de dicha suma aumentado en dos puntos desde la fecha de la sentencia. Asimismo interesó la condena en costas." Admitida a trámite la demanda y emplazadas las mencionadas partes demandadas, sus respectivos representantes legales la contestaron oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de Derecho que tuvieron por conveniente para terminar cada uno suplicando en sus respectivos escritos de contestación, se dictase sentencia declarando la desestimación, con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Pontevedra dictó sentencia el 11 de septiembre de 1996, estimando parcialmente la demanda interpuesta condeno a la demandada XUNTA DE G. a que abone a los actores la cantidad de 3.000.000 de pesetas, por los daños morales y perjuicios irrogados en su condición de padres de la menor Asunción, y también la cantidad de 4.446.978 pesetas, esta última en la calidad que ostentan de representantes legales de la citada menor y en favor de la misma por los días de incapacidad y secuelas derivados del accidente, así como a los correspondientes intereses legales de dichas sumas indemnizatorias en la forma indicada en el fundamento de Derecho décimo de la presente resolución.
- El Juzgado basó la absolución de D.ª Rosa en que salió del aula con sus alumnos en dirección al patio del colegio, en donde permanecerían todos juntos en espera de la finalización del horario de clase, tras lo cual los niños

procederían a subir a los autobuses de transporte escolar situados fuera del recinto del Colegio, yendo la profesora detrás de la fila que formaban los alumnos de la clase, no llegando a apercibirse de la marcha de Asunción del grupo hacia el portalón de salida del Colegio al tener que atender a otra niña que le había pedido le atara el cordón de uno de sus zapatos.

- La condena a la Xunta de G. la fundó en que omitió la diligencia que le era exigible de velar por la guarda y seguridad de los alumnos del Centro, al no adoptar medida alguna tendente al aseguramiento, en horario escolar, del control de la puerta de acceso/salida del colegio, bien posibilitando su reparación para el funcionamiento de su cierre deteriorado, bien dotando al Centro de un portero encargado de su vigilancia, que, por cierto, le venía siendo insistentemente demandado por la Dirección con anterioridad al accidente, al objeto de evitar las salidas imprevistas, impetuosas, prematuras o furtivas de los niños mas pequeños del recinto escolar por el portalón abierto, ciertamente previsibles dada la natural tendencia de aquéllos a corretear y escaparse, eludiendo así el riesgo, entre otros, de que fueren atropellados por los autobuses de transporte escolar con ocasión de sus maniobras en las inmediaciones del recinto del Colegio.
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Pontevedra dictó sentencia el 30 de octubre de 1997, estimando parcialmente el recurso interpuesto por la representación de D.ª Montserrat y D. Arturo, y con desestimación del recurso interpuesto por la representación de la Xunta de G., se condenó a esta última a que abone a los actores, en la representación que ostentan, la suma de 3.000.000 ptas., por daños morales, en su condición de padres de la menor Asunción, y en su condición de representantes legales de dicha menor, la suma de 1.881.000 ptas., por los días de incapacidad de la menor, así como la suma de 20.000.000 ptas., por las secuelas y daños físicos y morales de la referida menor, Asunción, con deducción de la suma de 6.500.000 ptas., ya percibidas por los actores, por razón del seguro obligatorio, según consta en autos, así como los intereses legales de dichas sumas.
- Tanto la Xunta de G. como los actores interpusieron sendos recursos de casación.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. **Recurso de casación interpuesto por la Xunta de G.**

a) El motivo primero acusa infringidos los arts. 3.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en base a los cuales el conocimiento del presente proceso corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Se señala, a mayor abundamiento, que a partir de la Ley 30/1992

se ha instaurado expresamente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración el sistema de unidad de jurisdicción en favor de la contencioso-administrativa. El motivo se desestima, pues olvida que la demanda rectora de la litis no se ha dirigido sólo contra la profesora del colegio público y contra la Xunta, sino también contra la aseguradora A., S.A., que aseguraba la responsabilidad que pueda imputarse a la referida Xunta como consecuencia de actuaciones de sus funcionarios. La Sala de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo ha resuelto el tema en su Auto de 17 de diciembre de 2001, manteniendo en este supuesto la tradicional y ya clásica *vis atractiva* de la jurisdicción civil, reconocida en el art. 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De lo contrario, dice el calendado auto, se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos ante dos jurisdicciones diferentes, con el riesgo de resoluciones no acordes, lo que provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela efectiva. En fin, el precitado Auto destaca que la aseguradora comparece en el proceso como contratante de una póliza de seguro, contra la cual el perjudicado tiene la acción directa que le reconoce el art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre.

b) El motivo segundo acusa infracción de la doctrina jurisprudencial del litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido traídos a este proceso la empresa titular del transporte escolar, el conductor del autobús que causó el accidente ni la aseguradora del mismo. Se dice en su fundamentación que en el caso litigioso no hay una concurrencia causal única sino acciones u omisiones causales concurrentes, de suerte que la negligencia del conductor del autobús por su gran entidad y su enorme relevancia en relación al resultado, ha debido y puede individualizarse mediante su llamada al proceso. El motivo se desestima porque la sentencia recurrida, para rechazar la existencia del litisconsorcio pasivo necesario alegada por la Xunta, aplicó la reiteradísima doctrina jurisprudencial, según la cual la concurrencia de varias acciones u omisiones en la producción de daño a cargo de diferentes agentes, genera una responsabilidad entre ellos cuando no sea posible individualizar la parte de aquel que sea atribuible a cada uno, por lo que la dañada puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos (sentencias de 1 de junio de 1994, 30 de noviembre y 19 de diciembre de 1995, 19 y 22 de julio de 1996, 20 de diciembre de 1997, y las que en ella se citan).

c) El motivo tercero acusa infracción del art. 1902 en relación con los arts. 1103 y 1903, todos del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial del concurso de culpa y la determinación de la cuantía de la indemnización. La Audiencia, se queja la recurrente, no moderó la cuantía de la indemnización, pese a la acción de la menor que contribuyó a la producción del daño, porque por razones obvias de edad no podía prever el resultado de sus actos. El motivo se desestima porque no puede aplicarse la doctrina de la minoración del importe del resarcimiento del daño cuando concurre también a su producción la conducta (positiva o negativa) del dañado, ya que la víctima ha realizado dicho comportamiento porque el colegio público, al cual sus padres han confiado durante su permanencia en él el cumplimiento de los deberes de cuidado y protección, ha sido negligente en esta tarea que ha asumido. No puede, por tanto, pretender que se atenúe económicamente su obligación, resarcitoria como consecuencia de una conducta de la que ella es responsable.

2. **Recurso de casación interpuesto por D.ª Montserrat y D. Arturo.**

El motivo primero acusa inaplicación de los arts. 1902 y 1903 del CC en cuanto a la conducta de la profesora D.ª Rosa y por ende a la responsabilidad de la aseguradora A. En su fundamentación, frente a la absolución de los mismos por la Audiencia, confirmando la sentencia de primera instancia, los

actores insisten en que debe ser condenada D.ª Rosa, ya que debió extremar los deberes de vigilancia y protección, dado que sabía que el portalón del colegio estaba abierto, que los autobuses maniobraban en las inmediaciones, que sus alumnos, por ser los más pequeños, eran los más inconscientes del Colegio, y que los niños jugaban a ser el primero en subir a los autobuses. No exculpa a D.ª Rosa de su deber de vigilancia el que atendiese al requerimiento de un alumno de atarle los zapatos, pues un profesional de la enseñanza, sabedor de que el grueso de sus alumnos se encamina a una situación de peligro, debe tener otros recursos distintos que el de abandonar la vigilancia de los menores.

El motivo se estima, pues es claro que no puede alegarse el incidente descrito de atar los zapatos a otro alumno del grupo para exonerar de los deberes de vigilancia y protección a los demás menores en una situación fáctica de riesgo. La profesora no actuó conforme a la diligencia exigible.

El segundo y último motivo del recurso se dirige a combatir la condena en costas interpuesta en primera instancia a los recurrentes por la absolución de D.ª Rosa y la entidad A. Es inútil su examen y resolución toda vez que al admitirse el motivo primero, hay que casar y anular la sentencia recurrida en los términos que se expondrán a continuación, debiéndose pronunciar esta Sala sobre la cuestión de las costas (art. 1715.2 de la LECiv).

La estimación del recurso de casación interpuesto por D.ª Montserrat y D. Arturo obliga a casar parcialmente la sentencia recurrida en el extremo relativo a la absolución de los codemandados D.ª Rosa y A. Por las razones consignadas al admitir el motivo primero, deben ser condenados junto con la Xunta a pagar solidariamente a los actores las cantidades que en la sentencia recurrida se fijan en concepto de indemnizaciones resarcitorias del daño, contra cuya fijación y concreción no se ha articulado ningún motivo casacional. Ello implica la revocación de la sentencia de primera instancia, pues absolvió a los que ahora se condenan.

Son rechazables las excepciones opuestas en la contestación a la demanda por la aseguradora A., porque:

a) La excepción de prescripción es desestimable. Los actores han interpuesto la acción dentro del plazo del año a partir de la fecha en que se interrumpió la prescripción. Su *dies a quo* no es el 14 de julio de 1994, sino al día siguiente de la notificación de la sentencia firme por la que se inadmitía su anterior demanda por incompetencia territorial del órgano judicial, es decir, el 15 de julio de 1994 (art. 303 de la LECiv de 1881; art. 5.1 CC).

b) La excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a la empresa propietaria del autobús y a su conductor ha sido desestimada al examinar el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por la XUNTA DE G. y M.ª JOSÉ.

c) La excepción de inadecuación de procedimiento no puede prosperar porque este litigio no versa sobre el resarcimiento de un daño producido por la circulación de vehículos, sino sobre la responsabilidad aquiliana en el ejercicio de sus funciones en que ha incurrido D.ª Rosa. Por tanto, el procedimiento seguido para sustanciar este litigio es el adecuado, no el verbal.

La demandada A. S.A. se opuso a la condena impetrada en la demanda del pago del 20% desde los tres meses siguientes a la fecha del siniestro por no haber satisfecho la indemnización, y ha de ser acogida su oposición, porque el 20% en cuestión se impone, según el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 en su anterior redacción si el impago se origina por causa no justificada o que le fuere imputable al asegurador, y estas circunstancias no concurren aquí, pues el asegurador desconoce el *quantum* de la indemnización por concurrir la omisión culpable de su asegurado con

otras omisiones de la misma naturaleza, por lo que no existe una cantidad determinada que no haya satisfecho.

En cuanto a las costas de primera instancia y apelación, no se impone la condena a su pago a ninguna de las partes, así como tampoco las de este recurso (art. 1715.2 de la LECiv). Todo ello en relación con la demanda y recurso de apelación de D.ª Montserrat y D. Arturo.

VI. EXEQUÁTUR

1. *Aun cuando la sentencia de divorcio ha sido dictada por el Registro Civil de los Estados Unidos Mejicanos, que no posee carácter estrictamente jurisdiccional, se concede el exequátur porque semejante forma de divorcio se encuentra prevista en la legislación del Estado de origen para los divorcios promovidos de común acuerdo entre los cónyuges, quedando por otro lado acreditada la competencia del tribunal por la nacionalidad mejicana del esposo y la residencia de los cónyuges en el estado de origen al tiempo del divorcio.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 15 de julio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Paloma formuló demanda de exequátur de la resolución de fecha 23 de agosto de 1996, dictada por el Juzgado número 17 del Registro Civil del Distrito Federal (Álvaro Obregón), Estados Unidos Mejicanos, por la que se pronunció el divorcio de D.ª Paloma y D. Carlos Antonio. Se han aportado los documentos siguientes: copia autenticada y apostillada de la resolución por reconocer y certificación de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español.
- El matrimonio disuelto había sido celebrado en Mont-Roig (Tarragona), España, el 30 de diciembre de 1989 e inscrito en el Registro Civil español.
- Los contrayentes eran española —la mujer— y mejicano —el varón— y residentes España y Estados Unidos Mejicanos, respectivamente; al tiempo de promover el juicio de divorcio ante la jurisdicción mejicana, conservaban sus respectivas nacionalidades y eran residentes en los Estados Unidos Mejicanos; cuando pidió el exequátur, la solicitante era residente en los Estados Unidos Mejicanos.

- Se confirió traslado al Ministerio Fiscal, a fin de ser oído en el trámite previsto en el art. 956 de la LEC de 1881.
- El Tribunal Supremo concedió el exequátur.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No resulta aplicable el Convenio entre España y los Estados Unidos Mejicanos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil de 17 de abril de 1989, toda vez que la materia sobre la que versó el pleito de origen está expresamente excluida de su ámbito de aplicación, según lo dispuesto en su artículo 3.º, 1.b); por lo tanto, debe aplicarse el régimen general del artículo 954 de la LEC (de 3 de febrero de 1881) —que mantiene su vigencia conforme establece la Disposición Derogatoria Única, apartado primero, excepción tercera, de la LEC 1/2000, de 7 de enero—, ya que no está acreditada la reciprocidad negativa (art. 953 de la citada Ley de 1881).

Resulta probada la firmeza de la resolución, según la información sobre el derecho extranjero obtenida en casos similares precedentes, la cual se adquiere en el momento mismo de la inscripción del hecho en el Registro civil; la firmeza de la resolución cuyo exequátur se pretende, viene exigida, cualquiera que sea el régimen de reconocimiento, por el artículo 951 de la LEC de 1881 —que sobre este extremo, no es únicamente atinente al régimen convencional, si se lee junto con los preceptos siguientes— y reiterada doctrina de esta Sala.

El requisito 1.º del art. 954 (de la citada LEC 1881) ha de entenderse cumplido habida cuenta de la naturaleza personal de la acción de divorcio.

En cuanto al requisito 2.º del mismo artículo 954, está suficientemente acreditado que el divorcio se promovió de común acuerdo entre los cónyuges.

Por lo que interesa al requisito 3.º del precitado artículo 954, la conformidad con el orden público español —en sentido internacional— es plena: el artículo 85 del Código Civil establece la posibilidad del divorcio cualesquiera que sean la forma y tiempo de celebración del matrimonio. Se ha de precisar, llegado este punto, que no se alza contrario al orden interno el reconocimiento de una resolución por la que se declare el divorcio que no posea carácter estrictamente jurisdiccional, como es el caso, ya que el órgano jurisdiccional interviniente lo hizo en su calidad de encargado del Registro civil y, por lo tanto, en funciones administrativas; de la información sobre el derecho extranjero obtenida en casos similares precedentes (*vid.* ATS de fecha 17-06-1997, exequátur núm. 392/1997, entre otros) la Sala tiene la constancia de que semejante forma de divorcio se encuentra prevista en dicha legislación para los divorcios promovidos de común acuerdo entre los cónyuges, y que la actuación del funcionario encargado de la oficina pública se encuentra traída por el ordenamiento de origen, que le atribuye específicas facultades para declarar la disolución del vínculo en tales casos, procediendo de inmediato a la inscripción del hecho en el Registro civil. Sobre estos presupuestos, se está en el caso de permitir la homologación de la resolución de que se trata, en la línea seguida por esta Sala en casos precedentes y similares (AATS 18-2-1997, 4-3-1997, 11-3-1997, 27-5-1997, 3-6-1997, 8-9-1998, 21-9-1999, 8-2-2000, 12-9-2000, 5-12-2000, 30-01-2001, 13-11-2001, 2-7-2002 y 6-5-2003, entre los más recientes).

La autenticidad de la resolución, según exige el artículo 954.4.º, está garantizada por la apostilla con la que se ha diligenciado y tal y como obra en autos.

No hay razón para considerar que la competencia judicial internacional de las autoridades mejicanas haya nacido de las partes en busca fraudulenta de un foro de conveniencia (artículos 6.º 4 Código Civil y 11.2 de la LOPJ); el artículo 22.2 y 3 de la LOPJ no establece foros de competencia exclusiva, lo que sí hace el artículo 22.1 de la misma Ley Orgánica, sin que, ello no obstante, se esté en alguno de los casos que determinan la atribución en exclusiva de la competencia a los tribunales españoles; por el contrario, hay conexiones que no pueden desconocerse, como es la nacionalidad mejicana del esposo y la residencia de los esposos en el Estado de origen al tiempo del divorcio, razones estas que permiten considerar fundada la competencia de las autoridades del Estado de origen, y, por ende, excluir el fraude en cuanto a la ley aplicada al fondo del asunto, cuestión vinculada a la anterior.

No consta contradicción o incompatibilidad material con decisión judicial recaída o proceso pendiente en España.

VII. SUCESIONES

1. *Rescisión de la donación efectuada por los padres a favor de los hijos al haberse realizado en fraude de acreedores, no siendo obstáculo para ello que la misma se hubiese realizado antes del nacimiento del crédito, pues dicha disposición se hizo en función del crédito que sabía que con toda probabilidad iba a surgir en el proceso penal y generaría una insolvencia que frustraría los derechos del acreedor.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de julio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el Juzgado de Instrucción de Xátiva se seguía sumario número 25/1985, por delito de lesiones, habiendo calificado el Ministerio Fiscal el 31 de octubre de 1985 y de la acusación particular de 29 de diciembre de 1985, donde las partes acusadoras solicitaron para los dos procesados (D. Gustavo y su hijo D. Víctor Manuel) la condena conjunta y solidaria al pago de 15.000.000 de pesetas por responsabilidades civiles, cuya causa penal terminó por sentencia de fecha 17 de junio de 1986, en la cual, por dicho concepto, se condenó a los referidos padre e hijo a que indemnizaran a D. Diego en la suma de 5.000.000 de pesetas.
- D. Diego promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía en ejercicio de acción rescisoria por fraude de acreedores contra D. Gustavo,

D.ª Estela, D. Marcos y D.ª Marcelina, en la que se solicitaba que se dictase sentencia: 1. Declarando nula, inexistente y sin valor ni efecto legal alguno la escritura pública otorgada en fecha 24 de febrero de 1986 en cuya virtud los cónyuges D. Gustavo y D.ª Estela donaron a sus hijos D. Marcos y D.ª Marcelina, en conjunto, las fincas señaladas con las letras a. a j. en el hecho tercero de este escrito de demanda. Y ello por rescisión al haber sido otorgada dicha escritura de donación en fraude de acreedores. 2. Declarando, como consecuencia, la nulidad e ineficacia de las inscripciones registrales que dicho título produjo y mandando, por tanto, se cancelen las inscripciones cuya nulidad se declare. 3. Condenando a los demandados, en cuanto comprenden los anteriores extremos, a estar y pasar por tales declaraciones y a realizar cuantos actos sean necesarios para el cumplimiento de lo que en definitiva se declare por el Juzgado, entre ellos, reintegrando las fincas litigiosas a sus padres, Srs. Gustavo y Estela, con más sus frutos desde la fecha de escritura día 24 de febrero de 1986. 4. Condenando en las costas a los demandados, por ser preceptivas.

- Subsidiariamente y para el caso de que los donatarios demandados hayan procedido a enajenar a tercero hipotecario alguna o algunas de las fincas en cuestión y sólo respecto de tales enajenaciones, manteniendo en lo demás los pedimentos anteriores, solicitó que: 1. Declarando que los demandados donatarios, D.ª Marcelina, vienen obligados a reintegrar al patrimonio de los donantes, D. Gustavo y D.ª Estela, el real importe íntegro de lo por ellos percibido con las enajenaciones que, en su supuesto, puedan haber realizado cada uno a tercero. Importe íntegro que se concretará en ejecución de sentencia y completará por vía pericial. 2. Condenando a los demandados a estar y pasar por la antedicha declaración y a reintegrar de inmediato las sumas consiguientes, con más los frutos de las fincas litigiosas hasta la fecha de su enajenación a tercero hipotecario y los intereses de las cifras percibidas, según el pedimento precedente, desde esta última fecha hasta la de su pago a mi principal en ejecución de sentencia.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Xátiva dictó sentencia el 25 de septiembre de 1995 desestimando la demanda al apreciar la caducidad de la acción.
- En grado de apelación, la Sec. 7.ª de la AP de Valencia dictó sentencia el 23 de abril de 1997 estimando parcialmente el recurso interpuesto por D. Diego, desestimándose la excepción de caducidad opuesta en la contestación, entrándose en el fondo debatido y rechazándose las pretensiones de la demanda.
- D. Diego interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó la estimación de la demanda.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Alega el recurrente la transgresión de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 28 de mayo de 1997, 5 de mayo de 1997, 17 de marzo de 1972, 13 de mayo de 1974, 20 de diciembre de 1978, 4 de junio de 1958 y 29 de julio de 1970, según la cual, para el éxito de la acción rescisoria, no es necesario que el crédito anterior estuviera cuantificado y con carácter de exigibilidad inmediata, se estima por los razonamientos que se dicen seguidamente.

La sentencia recurrida contiene la argumentación textual siguiente: "En el caso de autos, y al tiempo de esa enajenación fraudulenta a título gratuito, la producida por uno de los que luego resultaron deudores y responsables de la indemnización y después condenados a pagarla (por sentencia firme y ejecutoria en la causa penal), decimos, entonces, tan sólo titular el Sr. Diego de una "expectativa" a cierta indemnización y después condenados a pagarla (por sentencia firme y ejecutoria en la causa penal), decimos, entonces, tan sólo, titular el Sr. Diego de una "expectativa" a cierta indemnización caso de condena de los procesados, por su parte (y antes por el Ministerio Fiscal) evaluada alzada y anticipadamente la indemnización perceptible en quince millones de pesetas, en su escrito de conclusiones provisionales, planteando la solicitud de indemnización de responsabilidad civil como derivada de la penal, y solicitando ésta por la vía de la calificación de los hechos como constitutivos de un delito grave (homicidio frustrado, subsidiariamente, lesiones graves del art. 420.2 del CP, ... y ante la secuela psíquica grave resultante a las lesiones inferidas), frente a unas graves calificaciones, como "delito", de las partes acusadoras, propuesta por la defensa una calificación de los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del art. 420 4.º 1 del CP (Gustavo) y de una falta de lesiones del art. 585 1.º del CP (el hijo, Víctor Manuel) y propuesta —en responsabilidad civil una indemnización de los 45 días de lesión sufrida y a razón de 1.500 ptas. diarias, a cargo de Gustavo (serían 67.500 ptas. estrictamente las indemnizaciones), y sólo surgido el "crédito indemnizatorio propiamente dicho" con motivo de la sentencia condenatoria en juicio oral y en única instancia, editada el 17 de junio de 1986, y confirmada *de facto* en noviembre de 1989 por el Tribunal Supremo. Pero al no haber dado lugar éste al "recurso de Casación" contra aquélla formalizado por la representación procesal de ambos condenados, y que rechazara uno de los motivos fundamentadores de la casación alegados (con trascendencia en la evaluación de la indemnización perceptible), el de la duración de las lesiones a lo largo solamente de 45 días, y siendo así que la calificación de la mayor gravedad radicaba en la consideración y por el Tribunal *a quo,* como resultado y secuela producidos, de la "perturbación psíquica" en el Sr. Diego, y por la "incapacidad permanente para el trabajo" (folio 35), atractiva de la calificación del art. 420.2.º del C. Penal.

Y si, pues, se debatió en el proceso penal, hasta su decisión en la sentencia definitiva de 17 de junio de 1986, la cuestión del resultado lesivo base de la cuantificación indemnizatoria, querrá decirse, que mal podía haber en fecha 24 de febrero de 1986 crédito alguno y por indemnización (perceptible), que viniera a perjudicar la donación global de fincas hecha por uno de los acusados en la causa penal, y a favor de los otros hijos no implicados en aquel otro juicio, surgido el "crédito", con posterioridad, aunque antes de que formal y oficialmente fuesen (ambos procesados) "declarados solventes parciales" en marzo de 1990 y por la suma conjunta de 565.000 ptas., frente a la condena de juicio anterior y por la mayor cuantía dicha de cinco millones de ptas. Según la carencia de tan inexcusable requisito, a declararse la improsperabilidad de la acción revocatoria de esa donación, en autos ejercitada, con el

mismo resultado final, al de la sentencia controvertida (...) el de la desestimación de la demanda, aunque por inatacable (y según tan "subsidiaria" acción) esta transmisión a título gratuito; en aquel momento de 1986 (sentencia penal), no embargadas las fincas en cuestión, y cuando bien pudieron haberlo sido desde julio 1985, y con anotación preventiva de la traba, en su caso, de haberse consultado por la acusación particular el Registro de Enguera, o de haberse seguido con asiduidad por ella las incidencias de la causa y de las "piezas separadas de responsabilidades pecuniarias", que pudieran serles exigidas a los dos inculpados penalmente, tras la celebración del juicio oral y caso de su condena penal por las lesiones enjuiciadas".

La sentencia recurrida considera que el crédito a favor de D. Diego surgió con la sentencia en el juicio penal de 17 de junio de 1986 y la "enajenación fraudulenta a título gratuito" se produjo el 24 de febrero de 1986, fecha de la escritura de donación otorgada por D. Gustavo y D.ª Estela a favor de los hijos no implicados en la causa penal, de manera que aquél no existía en el momento de ésta, por lo que no concurría un requisito inexcusable para la prosperabilidad de la acción revocatoria ejercitada, pero esta Sala no acepta la argumentación indicada, y considera que es de aplicación al supuesto del debate la doctrina jurisprudencial relativa a que, aunque la acción rescisoria de la donación por fraude de acreedores exige que quien la solicita sea acreedor y que el acto de disposición fraudulenta haya tenido lugar con posterioridad al nacimiento de su crédito, esta regla general tiene como excepción la de que el deudor efectúe la disposición en función de un crédito que nacerá con toda probabilidad más adelante, a fin de procurarse una insolvencia frustrante de los derechos del acreedor futuro (por todas, STS de 28 de mayo de 1997), que es de aplicación al supuesto del debate, pues la parte demandada, sin duda enterada de la calificación provisional del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, de 31 de octubre de 1985 y de 29 de noviembre del mismo año, respectivamente, tenía un conocimiento verosímil de la situación procesal de la causa penal seguida contra D. Gustavo y D. Víctor Manuel y de sus factibles repercusiones contra el patrimonio del primero.

El ejercicio eficaz de la acción regulada en los artículos 1291 y siguientes del Código Civil en lo relativo a las enajenaciones en fraude de acreedores, exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: la existencia de un crédito por parte del accionante, con la excepción recién mencionada, contra el dueño de la cosa enajenada; la realización de un acto por virtud del cual salga ésta del patrimonio del que la enajena; el propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación; y la ausencia de otro medio que no sea la rescisión de ésta para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor; todos cuyos presupuestos concurren en el supuesto del debate.

La estimación del motivo determina la casación de la sentencia recurrida, así como la revocación de la recaída en primera instancia, y asumidas por esta Sala las funciones de la instancia, procede rechazar la excepción de caducidad opuesta en la contestación de la demanda, cuya revisión casacional no ha sido instada, por la misma argumentación determinada en la sentencia de apelación, y estimar la demanda formulada por D. Diego, con base en los razonamientos contenidos en el fundamento de Derecho segundo de esta resolución. Con imposición expresa a la parte demandada de las costas causadas en primera instancia y sin hacer expresa condena de las ocasionadas en la apelación y en este recurso de casación, de conformidad con los establecido, respectivamente, en los artículos 523, 710 y 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. *Validez de la cláusula testamentaria en la que se deshereda a la segunda esposa al haberse acreditado que la misma abandonó a su esposo que padecía una grave enfermedad, siendo incierta la alegación de que los hijos del primer matrimonio le impedían cuidarlo, ya que los mismos residían en otro país distinto al padre.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

ANÁLISIS DEL CASO

- M.ª José interpuso demanda de menor cuantía contra don Simón, doña Flor y don Pedro Jesús, en la que, tras exponer hechos y fundamentos de Derecho, suplicó: "Dicte en su día sentencia por la que: a) Se declare la nulidad de la causa de desheredación contenida en el exponente 'primero' del testamento otorgado por don Miguel el día 25 de abril de 1994, al número 30 del protocolo del Notario de A Estrada, teniéndola por no puesta. b) Se declare la nulidad de la institución de herederos contenida en dicho testamento, en cuanto perjudique a mi comitente, en sus derechos en la herencia de su citado esposo. c) Se declare el derecho hereditario, como cónyuge viudo de doña M.ª José, en la herencia del que fue su esposo don Miguel. d) Se condene a los citados demandados don Simón, doña Flor y don Pedro Jesús, a estar y pasar por las anteriores declaraciones. e) Se condene al pago de las costas procesales en este procedimiento."
- Los demandados se personaron en el pleito y contestaron a la demanda para oponerse a la misma a medio de las alegaciones fácticas y jurídicas que aportaron, terminando por suplicar: "Dicte en su día sentencia desestimándola íntegramente, absolviendo a los demandados, con imposición de costas a la actora".
- El Juzgado de 1.ª Instancia de A Estrada dictó sentencia el 13 de enero de 1997 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Pontevedra dictó sentencia el 15 de octubre de 1997 estimando el recurso interpuesto por D.ª M.ª José declaró nula, ineficaz y por no puesta la cláusula de desheredación contenida en el testamento notarial otorgado por Miguel en fecha de 25 de abril de 1994, siendo igualmente nula la institución de heredero en él realizada en cuanto se perjudique a la demandante desheredada, como viuda del testador, condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

- Don Simón, doña Flor y don Pedro Jesús, interpusieron recurso de apelación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los recurrentes, que son hijos del primer matrimonio contraído por el testador don Miguel e instituidos herederos en el testamento que otorgó el 25 de abril de 1994, plantean el recurso de casación integrado con un sólo motivo para denunciar haberse infringido el artículo 855.1.º del Código Civil, combatiendo la sentencia recurrida que acogió la acción de impugnación testamentaria que ejercitó doña M.ª José —segunda esposa del causante con la que había contraído matrimonio (sin descendencia) en estado de viudo— y decretó la nulidad de la cláusula de desheredación de dicha demandante, cláusula testamentaria que literalmente dice: "Deshereda a su esposa, por incumplimiento de los deberes conyugales", la que cumple de principio las previsiones exigidas en el artículo 849 del Código Civil, pues no se trata de indeterminación en la desheredada como interpretan los juzgadores de instancia; ya que la desheredada resulta perfectamente identificada, sin que sea preciso relatar y menos detallar los hechos que provocan la desheredación, presentándose la voluntad de desheredar como decidida y suficientemente patente, lo que aquí sucede (Sentencias de 4-11-1904, 6-12-1963, 24-10-1972 y 15-6-1990).

Procede examinar si se da el supuesto legal de desheredación previsto en el número 1.º del artículo 855, que contempla el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales. La sentencia de apelación atendió básicamente al relato fáctico contenido en la demanda de separación que planteó el esposo-testador en fecha 1994 y no como debía a las pruebas obrantes en las actuaciones, no habiendo recaído sentencia de separación y sólo auto de 1 de octubre de 1994 de medidas provisionales. No obstante, respetando el *factum* que se establece como demostrado, quedaron acreditadas que las relaciones del matrimonio no eran buenas, pero esto no es relevante a efectos de concurrir incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales y sí ha de tenerse en cuenta que se sentó como demostrado que la demandante regresó a España en el año 1992, dejando a su marido en Venezuela, el que sufría una grave enfermedad diagnosticada como cáncer maligno, que precisó de dos intervenciones quirúrgicas practicadas el 31 de mayo de 1993 y mayo de 1994, regresando posteriormente a España donde falleció en casa de sus hijos el 29 de enero de 1995.

Dicha enfermedad hubo de afrontarla solo el referido testador y no consta acreditado que la esposa se hubiera trasladado a Venezuela en algún momento para atenderlo. No cabe aceptar los razonamientos que contiene la sentencia en recurso de que no pudo la demandante socorrer y ayudar a su marido, por habérselo impedido los hijos de éste, pues se presenta razonamiento ilógico ya que residían en España y su padre se encontraba en Venezuela, contando la actora con toda la libre disponibilidad para trasladarse a dicho país, si ésa hubiera sido su voluntad, que no lo fue y prestar en momentos tan graves asistencia cumplida —moral, física, apoyo, comprensión y demás— a lo que estaba obligada conforme disponen los artículos 67 del Código Civil —"ayudarse mutuamente"— y 68 —"socorrerse mutuamente"—.

Se trata de efectivo incumplimiento grave y reiterado, no desvirtuado por el hecho de haberse promovido demanda de separa-

ción, que precisaba sentencia y los derechos sucesorios del cónyuge viudo se mantienen en conformidad al artículo 834.

El motivo se acoge lo que hace que prospere el recurso e impone a esta Sala resolver el pleito por la autorización que otorga el artículo 1715.1.3.º de la Ley Procesal Civil, lo que se lleva a cabo decretando la plena confirmación de la sentencia que dictó el Juez de Primera Instancia, sin declaración expresa en costas de casación ni respecto a las causadas en el recurso de apelación.

VIII. PENAL

1. *Decomiso de los bienes inmuebles cuya titularidad corresponde a la compañera sentimental del condenado por tráfico de drogas, pese a que ella fue absuelta de tal delito, al no existir buena fe en la adquisición puesto que conocía el origen ilícito del dinero empleado para la compra de los bienes, sin que por otro lado pueda reputarse tercero, ya que se trata de una titularidad más aparente que real, utilizada para una verdadera operación de blanqueo de capitales.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 15 de julio de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz.

ANÁLISIS DEL CASO

- Como consecuencia de las investigaciones realizadas por el grupo de investigación de los Mossos d'Esquadra de la Comisaría de Solsona, consistentes básicamente en labores de vigilancia y de obtención de información por diversas vías, se tuvo conocimiento de que el acusado Luis se dedicaba a actividades de venta de drogas en el negocio de su propiedad sito en Solsona.
- Mediante escuchas telefónicas autorizadas por resolución interlocutoria de 8 de febrero de 1999 del Juzgado de Instrucción de Solsona se confirmaron las sospechas derivadas de las observaciones anteriores y se solicitó autorización en el mencionado juzgado para proceder a una entrada y registro en el referido local y en el domicilio particular del acusado, autorización que se obtuvo por resolución interlocutoria de fecha 6 de marzo del mismo año. En la práctica de dicha diligencia se ocupó a la (...) la cantidad de 153,71 gramos de cocaína, con una pureza media del 65%, de los cuales 17 gramos estaban distribuidos en papelinas, y 1.201 gramos de hachís, además de una balanza digital. En el registro del domicilio del acusado de la calle (...), se intervinieron 5,85 gramos de cocaína (con el mismo grado de pureza de un 65%), distribuidos en papelinas, y 7,90 gramos de hachís.

- En el momento en que fue detenido se ocuparon a Luis 0,95 gramos de cocaína y 0,33 gramos de hachís, además de 96.000 pesetas en metálico. Posteriormente, y a petición de la esposa del acusado Maite, cumpliendo ésta con lo que él le había pedido desde la cárcel, miembros de los Mossos d'Esquadra, en presencia de la mencionada, entraron en el almacén de la calle (...) de Solsona, donde ocuparon 2.777 gramos de hachís. El conjunto de la droga intervenida ha sido valorado en 4.539.899 pesetas.
- Luis no tenía antecedentes penales y sufría un trastorno de adicción a la cocaína y al alcohol de larga duración, del que ha sido objeto de tratamiento médico y psicológico en el Centro de atención a las toxicomanías de Solsona, sin que conste que actualmente haya estado rehabilitado. La droga intervenida tenía intención de dedicarla el acusado en parte al propio consumo y en una gran parte a la venta a favor de terceras personas. Una vez el acusado fue detenido, cooperó con los Mossos d'Esquadra facilitando el hallazgo de las sustancias que tenía ocultas y suministrando información que permitió descubrir a la persona que le suministraba la droga y su detención y puesta a disposición de la justicia, además de la aprehensión de las importantes cantidades de droga que se exponen seguidamente.
- Como consecuencia de las informaciones facilitadas por Luis, el antes referido Grupo de investigación de los Mossos d'Esquadra tuvo conocimiento de la presunta dedicación de Juan y María a actividades de tráfico de drogas. El día 7 de marzo de 1999, habiendo obtenido la autorización del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Manresa mediante la resolución interlocutoria de la misma fecha, se procedió a la entrada y registro en el domicilio del primero de ellos, situado en Sant Fruitós de Bages, donde se ocuparon 7.172 gramos de cocaína (con una pureza media de un 83,3%), 3.476 gramos de hachís, una pistola semiautomática modelo Star con el número de serie borrado, una caja de 20 cartuchos, 27.795.000 pesetas en metálico además de moneda extranjera por valor de 2.036.214 pesetas. El conjunto de la droga intervenida ha sido valorado en 160.909.847 pesetas. En el momento en que se practicaba la anterior diligencia en su domicilio, el acusado Fidel escapó. La acusada María se presentó en ese momento en el domicilio, donde fue detenida.
- A raíz de las investigaciones llevadas a cabo por los Mossos d'Esquadra para encontrar a Juan, en fecha 10 de diciembre de 1999 se procedió a su detención en la calle Joan Miró de Tarragona, después de vencer la resistencia que opuso. Al día siguiente se practicó una diligencia de entrada y registro en el domicilio de Juan de Manresa, autorizada por interlocutoria del Juzgado núm. 2 de Manresa de 10-12-1999, donde se ocupó en la habitación del acusado la cantidad de 2.477 gramos de cocaína (con una pureza mediana del 83,3%), 2 gramos de hachís y dinero en metálico por valor de

339.000 pesetas. La droga intervenida ha sido valorada en 53.955.411 pesetas. Posteriormente, se autorizó por el Juzgado de Instrucción de Solsona mediante interlocutoria de 16 de diciembre de 1999, una nueva entrada y pesquisas en la casa de de Sant Fruitós de Bages, en cuyo curso se intervinieron 1.934 gramos de hachís, valorados en 1.259.505 pesetas.

- El arma ocupada en el domicilio de Juan resultó mediante la prueba de balística, de la marca Star modelo Starlite calibre 6,35 mm., con funcionamiento mecánico y operativo correcto. Se trataba de un arma reglamentaria que el acusado tenía en su poder sin licencia ni guía de pertenencia, y de la que había sido eliminada la numeración de serie de origen.
- Juan, sin antecedentes penales, sufría una adicción severa a la cocaína y al alcohol, y ha sido médicamente calificado como un cocainómano de tipo eufórico con una cierta tendencia a una visión falseada de la realidad. La droga que le fue ocupada tenía intención de dedicarla en su mayor parte a la venta a favor de otras personas.
- María, sin antecedentes, había convivido durante doce años con Fidel, y era conocedora de la dedicación por parte de éste a actividades ilícitas de tráfico de drogas, sin que haya sido acreditada su participación en dichas actividades. En fecha 2 de agosto de 1995 adquirió como única propietaria el chalet situado en Sant Carles de la Rápita, compra que fue financiada por Juan con recursos procedentes del tráfico de drogas, y también es titular de la mitad indivisa de diversas fincas de las que es copropietario el mencionado acusado. En el momento de su detención ya no convivía con éste.
- El Juzgado de Instrucción de Solsona instruyó Sumario núm. 1/00 contra Juan, María y contra Luis, por delito contra la salud pública y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Primera, que con fecha diez de abril de dos mil dos, dictó sentencia condenando a Juan, como responsable en concepto de autor de un delito de tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia, con la circunstancia atenuante de drogadicción, a la pena de nueve años de prisión, con la accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y multa de doscientos dieciséis millones ciento veinticuatro mil setecientas sesenta y tres pesetas (216.124.763), y al pago de la mitad de las costas de este juicio. Condenamos al acusado Juan, como responsable en concepto de autor de un delito de tenencia ilícita de armas, con la circunstancia atenuante de drogadicción, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Condenando al acusado Luis, como responsable en concepto de autor de un delito de tráfico de drogas, con la circunstancia atenuante de drogadicción y a la colaboración postdelictiva, a las penas de dos años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo

durante el tiempo de condena, y multa de cuatro millones quinientas treinta y nueve mil ochocientas noventa y nueve pesetas (4.539.899), con veinte días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago por insolvencia y al pago de la cuarta parte de las costas de este juicio. Absolviendo a la acusada María del delito de tráfico de drogas que se le imputaba y declaramos de oficio la cuarta parte de las costas del juicio. Igualmente se acordó la decomisación de la droga, a la que se dará el destino legal, y del dinero ocupados a los condenados y de los vehículos e inmuebles propiedad de Juan y María que han sido intervenidos en esta causa, dejando a disposición de sus titulares las cuentas y depósitos bancarios a favor de María y Felipe,

- María y Juan interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado las cuestiones del recurso referentes al tipo del delito de tráfico de drogas, debemos centrarnos en el recurso de D.ª María que denuncia la aplicación indebida del art. 374 del CP. La recurrente había sido acusada por el Ministerio Fiscal de ser autora de un delito de tráfico de drogas, solicitando para la misma la pena de diez años de prisión y multa, habiendo sido finalmente absuelta por la Audiencia que en el FJ 6.º aduce que de la actividad probatoria desplegada en el juicio oral no se desprende la intervención de esta acusada en actividades de tráfico de drogas. No obstante lo anterior, se declara en el hecho probado, realidad intangible teniendo en cuenta la vía casacional utilizada (art. 884.3 de la LECrim), que "... había convivido durante doce años con Juan y era conocedora de la dedicación por parte de éste a actividades ilícitas de tráfico de drogas, sin que haya sido acreditada su participación en dichas actividades. El 2 de agosto de 1995 adquirió como única propietaria el chalet situado en Sant Carles de la Rápita, compra que fue financiada por Juan con recursos procedentes del tráfico de drogas, y también es titular de la mitad indivisa de diversas fincas de las que es copropietario el mencionado acusado. En el momento de su detención ya no convivía con éste. En el FJ 7.º complementa el relato fáctico y aplica la Audiencia el art. 374 del CP acordando el decomiso "de todos los bienes inmuebles intervenidos" procedentes del delito de tráfico de drogas por el que ha sido condenado el coacusado mencionado, haciéndose extensiva dicha consecuencia accesoria del delito a los inmuebles que figuran como propiedad de la ahora recurrente, "dado que también han sido adquiridos con dinero procedente del tráfico de drogas a lo que se dedicaba su ex compañero"..., añadiendo que "no puede considerarse a la acusada como tercero de buena fe..., dado que todos los antecedentes obrantes en las actuaciones revelan que era conocedora... de las actividades ilegales de su ex compañero y de que los recursos con los cuales éste adquirió las propiedades de las que consta su titularidad exclusiva o compartida eran procedentes fundamentalmente del tráfico de drogas."

El art. 374 del CP, que es una norma especial en relación con la general del decomiso del art. 127, se refiere a dicha consecuencia en materia de tráfico de drogas con un alcance omnicomprensivo que abarca desde las propias sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, los equipos materiales y sustancias a que se refiere el art.

371, vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores (368 a 373), o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar, con una excepción, que también reproduce el art. 127, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, añadiendo el precepto mencionado en segundo lugar que los haya adquirido legalmente. Si bien el comiso se entendió como pena hasta el Código de 1995, pues el antiguo art. 27 del CP de 1973 lo incluía como pena accesoria, en el vigente Código ya no puede sostenerse dicha naturaleza puesto que no aparece incluida en dicho catálogo, y por ello debe caracterizarse como una consecuencia accesoria de determinados delitos, lo cual, teniendo en cuenta la cláusula de proporcionalidad que incorpora el vigente art. 128, debe suponer que la aplicación del decomiso no debe entenderse preceptiva en todo caso por no tratarse de una pena accesoria. Precisamente por ello, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, y que el art. 374 está en relación de especialidad con el art. 127, debe considerarse que en la aplicación de aquél puede y debe operar dicha cláusula de proporcionalidad teniendo en cuenta los propios términos del art. 128, es decir, cuando se trate de bienes, efectos o instrumentos que sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, supuesto en el que incluso podrá acordarse parcialmente el decomiso. Debemos adelantarnos para señalar que no es éste el caso teniendo en cuenta lo que se dice en el hecho probado, pues carecería de justificación no aplicar esta consecuencia cuando los bienes potencialmente objeto de la misma han sido adquiridos con dinero procedente del narcotráfico, pues de ser así quedaría desvirtuada la finalidad perseguida por el legislador que es consecuencia no sólo de la legislación interna sino de recomendaciones, convenios y tratados internacionales.

En segundo lugar, también es posible el decomiso cuando los bienes objeto del mismo han sido adquiridos en un tiempo anterior al acto de tráfico de drogas que se enjuicia siempre que los medios utilizados para su adquisición tengan su origen en actividades de narcotráfico anteriores, como también sucede en el presente caso según el factum, del que debemos necesariamente partir. Esta cuestión fue expresamente así decidida por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.ª del TS de 5 de octubre de 1998 que acordó que "el comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 del CP debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio", lo que también sucede en el caso (ver el segundo Otrosí del escrito de calificación del Ministerio Fiscal).

Resta, por último, el argumento relativo a la titularidad de los bienes por tercero de buena fe, es decir, lo que se nos dice es que la recurrente adquirió los inmuebles decomisados desconociendo el origen de los medios empleados para su adquisición, pues la buena fe en el presente caso consiste en la creencia de la inexistencia en el título de vicio alguno que lo invalide (arts. 433 y 1950 CC). También el *factum* nos dice lo contrario y la Audiencia expone y razona acerca del enervamiento de la presunción de la buena fe (art. 434 CC). Por otra parte, en rigor, no se trata ya de la inexistencia de buena fe en la adquisición porque conocía el origen ilícito del dinero empleado para la compra de los bienes, sino que tampoco su condición es la de tercero respecto de dicha adquisición. Se trata de una titularidad más aparente que real como sucede en los casos en que se emplea para encubrir o enmascarar la realidad del tráfico jurídico una perso-

na interpuesta o testaferro como también se desprende del *factum,* cuando en el FJ 7.º constata que "... dado que todos los antecedentes obrantes en las actuaciones revelan que era conocedora, como ya se ha dicho, de las actividades ilegales de su ex compañero y de que los recursos con los cuales éste adquirió las propiedades de las que consta su titularidad exclusiva o compartida eran procedentes fundamentalmente del tráfico de drogas". En todo caso se trata de un tercero aparente o simulado para encubrir el origen ilícito del dinero empleado mediante su transformación en bienes inmuebles, es decir, una verdadera operación de blanqueo de capitales.

2. *Condena por un delito de estafa a la directora de una residencia de ancianos que despoja de su patrimonio a dos personas internadas en la misma que tenían severamente limitadas sus facultades mentales.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 16 de julio de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

ANÁLISIS DEL CASO

- M.ª José, mayor de edad y sin antecedentes penales era en el año 1996 propietaria y directora de la Residencia de ancianos D. ubicada en esta ciudad de Zaragoza, en la cual vivían Dolores que contaba 90 años de edad y su hijo Luis desde unos seis años antes aproximadamente.
- Luis que sobre el año 1995 había sido intervenido de un proceso compresivo de fosa posterior en el servicio de neurocirugía del Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa de esta Capital, fue ingresado de nuevo en dicho centro y servicio en fecha no concretada, pero anterior al 30 de mayo de 1996 por haber desarrollado un síndrome de deterioro psicorgánico progresivo probablemente relacionado con una dilatación hidrocefálica ventricular. Ello, unido a que la trabajadora social del hospital detectó un desfile de personas tanto familiares como no familiares interesadas por las titularidades de las cartillas de ahorro de Luis y su madre y si antes habían otorgado testamento y poderes notariales, que el paciente no recordaba, según refería nada, y que pudiera encontrarse con una importante disminución de su capacidad volitiva, la aludida trabajadora social Edurne dio cuenta de todo ello a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que promovió expediente de incapacitación de Luis ante el Juzgado de Primera Instancia 4 de Zaragoza que, tras oír a los parientes y a la acusada, así como al propio Luis en 21/11/1996, fecha en que también fue reconocido por el médico

forense que determinó que el mismo padecía un deterioro severo de sus facultades mentales no encontrándose en condiciones de gobernarse por sí mismo ni de administrar sus bienes, trastorno que es permanente e irreversible, dictó Sentencia de fecha 30 de diciembre de 1996 en la que se declaraba incapaz a Luis, designando tutora del mismo a Amparo.

- M.ª José, entre tanto, había convencido a Dolores y a su hijo Luis para que le confiaran la administración y disposición de sus bienes, de forma que el día 19 de marzo de 1996, madre e hijo otorgaron ante notario una escritura en la que conferían amplísimos poderes a M.ª José para poder disponer de sus bienes, gravarlos, enajenarlos, administrarlos, firmar documentos, retirar dinero, etc.
- Posteriormente el 13 de abril de 1996 Dolores y Luis realizaron una comparecencia ante notario, para que transcribiendo literalmente la minuta que le presentaban levantara un acta de manifestación en la que hacían constar que durante los seis años que llevaban viviendo en la Residencia D., sus parientes no les habían visitado, salvo en los últimos meses "con el único objeto de presionarlos con la finalidad de recibir todo o parte de su patrimonio" que sólo confiaban en la directora de dicha residencia M.ª José que en este tiempo les ha proporcionado argumentos suficientes para dicha confianza por lo que autorizaba a M.ª José para cualquier disposición de fondos de la libreta núm. 001.
- El día 3 de abril de 1996, Dolores ordena una transferencia de 25.498.825 desde su cuenta corriente en la Caja Rural de Zaragoza (sucursal de Mozalbarba) a una cuenta que su hijo Luis tiene en Ibercaja (antes CAMPZAR) sucursal de Hispanidad.
- El día 28 de mayo de 1996, M.ª José ordena una transferencia de 25.467.000 pesetas desde esa sucursal de Ibercaja a otra cuenta en la sucursal del DEUTSCHE BANK abierta ese mismo día a nombre de Luis y de su madre.
- El 10 de junio de 1996 se hace una suscripción de fondos en dicho banco a nombre de Dolores con importe 12.700.000 ptas. y el 13 de junio otra operación similar por importe de 12.767.000 pesetas a nombre de Luis y de su madre.
- El mismo día 10 de junio de 1996 Deutsche Bank concede a M.ª José un préstamo de 11.000.000 de pesetas que se garantizaba con los fondos aludidos que a tal fin se pignoran, el primero con fecha 10 de junio de 1996 y el segundo el 25 de junio de 1996.
- El día 12 de junio de 1996 Luis ante Notario revocó los poderes otorgados a M.ª José.
- Al no abonar el importe del préstamo la acusada M.ª José, Deutsche Bank con fecha 26 de septiembre de 1997 ejecutó la pignoración del primero de

los fondos, quedando libre el segundo al cancelarse la póliza que amparaba en virtud de dicha ejecución.

- M.ª José entre julio y diciembre de 1996 cargó en la cuenta de Ibercaja ya aludida los recibos domiciliados de mensualidades por estancia en la residencia de Luis y su madre con un montante de 180.000 ptas. cada uno con un total de 1.080.000 ptas. y al propio tiempo por idéntico concepto cobró de la cuenta del Deutsche Bank 800.000 pesetas el 30 de mayo; 200.000 ptas. el 10 de septiembre; 200.000 el 23 de octubre y 400.000 el 29 de noviembre, sin que haya reintegrado éste 1.600.000 ptas.
- Susana, mayor de edad y ejecutoriamente condenada en sentencia firme de 6 de julio de 1993 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Zaragoza por un delito de falsificación en documento mercantil y otro de estafa a penas de 1 año de prisión menor y multa de 10.000 por la falsedad y 2 meses de arresto menor por la estafa, por aplicación del beneficio de suspensión de condena durante 2 años con remisión definitiva en 17 de enero de 1997 y por otro delito de estafa a la pena de 6 meses de prisión en sentencia firme de 21 de noviembre de 2000 del Juzgado de lo penal núm. 1 de Zaragoza, era encargada de la residencia F. y en el mes de septiembre de 1996, conocedora del expediente de incapacidad de Luis que se estaba tramitando puesta de acuerdo con M.ª José convenció a Luis para que le entregara 5.000.000 de pesetas, acompañándole a la sucursal del Deustche Bank el día 13 de dicho mes y año, donde aquél obtuvo un cheque nominativo a su favor por el expresado importe, efecto que Susana ingresó el día 16 en su cuenta de la Urbana de la CAI. El día 18 Susana transfirió a otra cuenta que M.ª José tenía abierta en la Urbana 61 de la CAI 4.560.000 pesetas otras 370.000 a una libreta de la propia Susana en Urbana 23 de la misma caja y 65.000 a su cuenta de la caja rural de Zaragoza.
- El Juzgado de Instrucción núm. 8 de Zaragoza, incoó diligencias previas 1773/1997 y una vez conclusas las remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 13 de febrero de dos mil dos, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: Condenamos a M.ª José ya circunstanciada como autora responsable del delito continuado de estafa que queda definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a las penas de prisión de cuatro años con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio de directora o gerente de residencia de ancianos, niños o minusválidos psíquicos durante el mismo tiempo y multa de diez meses con cuota diaria de 18 euros, al pago de la mitad de las costas incluidas las de la acusación particular y a que indemnice a los herederos de Dolores y Luis en 79.505,20 euros y otros 3.005,06 euros, esta última cantidad solidariamente con Inmaculada, más los intereses legales. Y condenamos a Susana ya cir-

cunstanciada, como autora responsable del delito de estafa que queda definido y la concurrencia de la agravante de reincidencia a las penas de tres años seis meses y un día de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de nueve meses con cuota diaria de 12 euros, al pago de la mitad de las costas incluidas las de la acusación particular y a que indemnice a los herederos de Dolores y Luis en 2.005,06 euros solidariamente con M.ª José más los intereses legales.

- M.ª José y Susana interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso único interpuesto por las dos condenadas, se articula por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim., y alega vulneración del art. 248 del CP de 1995. Estima la parte recurrente que no concurre el engaño bastante constitutivo del elemento esencial de la estafa, pues el otorgamiento de poderes por los perjudicados a favor de la propietaria y directora de la residencia debe ser considerado como un acto jurídico libremente realizado, con consentimiento válido, ya que los perjudicados consideraban que M.ª José era la única persona en que podían confiar dado el alejamiento de sus parientes. Niega, en consecuencia, la parte recurrente que el desplazamiento patrimonial se haya producido mediante engaño.

Como señalan las SS 1469/2000, de 29 de septiembre y 1128/2000, de 26 de junio, entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

La doctrina de esta Sala (SS de 17 de noviembre de 1999 y 634/2000, de 26 de junio, entre otras) considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquel que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

La suficiencia del engaño en el caso actual procede tanto de las circunstancias de las víctimas, una persona de edad muy avanzada y su hijo con las facultades mentales muy deterioradas, como por la naturaleza de la serie de ardides empleados por las recurrentes para ir privando a las víctimas de su patrimonio.

En primer lugar la recurrente, propietaria y directora de la Residencia de Ancianos donde se encontraban sus víctimas, se aprovechó de la confianza generada por los cuidados prestados, la dependencia en la que éstas se encontraban y el deterioro mental provocado en D.ª Dolores por su avanzada edad y en D. Luis por su enfermedad, para convencerles de que otorgasen un poder notarial autorizándole a disponer de todos sus bienes.

Pero con el otorgamiento del poder no se ocasiona todavía el resultado típico de la estafa, es decir el desplazamiento patrimonial

en beneficio de la acusada y perjuicio de sus víctimas. El poder constituye únicamente el antecedente necesario para una serie de ardides posteriores a través de los cuales la Directora obtuvo de modo efectivo el beneficio patrimonial.

El primero de ellos consistió en convencer a D.ª Dolores de que destinase una suma de más de veinticinco millones de ptas., obtenida en la venta de una finca, a dos operaciones de suscripción de fondos en una cuenta corriente abierta por la propia acusada a nombre de los perjudicados. La transferencia de los fondos de la libreta de ahorros en la que se encontraban inicialmente a otra cuenta en otra entidad bancaria, ordenada por la recurrente haciendo uso del poder concedido, permitió sustraer los fondos del control de los familiares de las víctimas, que conocían las cartillas de ahorro de que disponían D.ª Dolores y D. Luis, pero no la nueva cuenta. Esta primera fase no entrañaba, en principio, riesgo alguno, caso de ser descubierta, pues la acusada se cuida de mantener los fondos a nombre de sus verdaderos titulares.

Al mismo tiempo, en el mismo día de la constitución de los fondos, la acusada obtiene un préstamo en la misma entidad bancaria por importe de once millones de ptas., garantizado precisamente con los referidos fondos. Como es de suponer, la recurrente no satisfizo el crédito a su vencimiento, con lo cual el Banco terminó ejecutando la deuda con cargo a uno de los fondos, cancelándose la póliza con el resultado de que la acusada percibió los once millones del crédito, y fue el patrimonio de los perjudicados el que los devolvió, con gastos e intereses.

Es claro que mediante este artificio, la acusada obtuvo el desplazamiento patrimonial indirecto de once millones de pesetas del patrimonio de las víctimas al propio, aprovechándose para este engaño de su ascendiente sobre las mismas y de sus deficientes facultades. El doble engaño consistió en obtener el poder con falsos pretextos, utilizándolo posteriormente para pignorar los fondos de los perjudicados en su propio beneficio, y en encubrir frente a sus víctimas el desplazamiento patrimonial mediante el mecanismo indirecto de solicitar un crédito sin intención de devolverlo, haciendo recaer el coste del impago sobre el patrimonio de los perjudicados.

Al mismo tiempo la acusada M.ª José engañó en el mismo período a sus víctimas cobrándoles dos veces los servicios de la Residencia, incrementando las facturas de modo desmesurado. Mientras cobraba mensualmente los recibos correspondientes cargándolos en la cuenta habitual de Ibercaja (1.080.000 ptas., entre julio y diciembre de 1996), aprovechó la nueva cuenta que ella misma había abierto a nombre de los perjudicados en otra entidad bancaria (Deutsche Bank) y las facultades que le habían sido concedidas de autorizar los pagos, para cargar en esta otra cuenta nuevas facturas por el mismo concepto de estancia de los perjudicados en la Residencia, alcanzando el importe de 1.600.000 ptas., de mayo a diciembre (800.000 ptas., en el mes de mayo).

Es claro que esta maniobra determinó el desplazamiento patrimonial mediante un engaño, el deliberado cobro por duplicado de los mismos servicios, que puede considerarse bastante pues las maniobras de la acusada, manejando las dos cuentas y aprovechando el poder concedido para autorizar la domiciliación de los pagos, unidas a las deficientes condiciones mentales de los perjudicados, impedían prácticamente que el engaño fuese percibido.

Posteriormente, cuando el expediente de incapacidad de D. Luis se encontraba a punto de ser aprobado, lo que conocía la Directora de la Residencia que determinaría el nombramiento de un tutor para administrar sus bienes, utilizó a una mujer más joven y con experiencia en estafas (Susana, reiteradamente condenada por estafas y falsedad), para que convenciese engañosamente a éste de que le entregara cinco millones de pesetas, acompañándole a la sucursal donde se había abierto la nueva cuenta, a tal efecto. Dinero que posteriormente Susana transfirió a una cuenta de la recurrente M.ª José, salvo

una cantidad que conservó en concepto de comisión.

Como señala la sentencia de esta Sala 1469/2000, de 29 mayo, la valoración de la idoneidad del engaño no puede prescindir de las reales y concretas circunstancias del sujeto pasivo, conocidas o reconocibles por el autor.

En el supuesto actual las recurrentes eran plenamente conscientes de la acusada ancianidad y la enfermedad mental, respectivamente, de sus víctimas, es decir de su especial fragilidad mental, y se aprovecharon precisamente de ello y de la confianza derivada del ascendiente de una de ellas como Directora de la Residencia de Ancianos donde estaban ingresados los perjudicados, para despojarles parcialmente de su patrimonio.

Es claro en consecuencia, que nos encontramos ante un engaño antecedente, causante y bastante, que se infiere racionalmente de las circunstancias concurrentes. El motivo debe ser desestimado.

El segundo motivo del recurso, también por infracción de ley, cuestiona la apreciación de la agravación del núm. 6 del art. 250.1.º, especial gravedad, por estimar que no debe tomarse exclusivamente en cuenta la cantidad defraudada sino valorar conjuntamente los diversos factores (valor de la defraudación, entidad del perjuicio y situación en que deje a la víctima), en una consideración global de lo acontecido.

El motivo carece de fundamento, pues tanto si se atiende al valor de la defraudación (once millones en una de las estafas, cinco millones en otra y cerca de dos millones de pesetas en la tercera), como si se efectúa una consideración global de lo acontecido atendiendo a la ancianidad, fragilidad y debilidad mental de las víctimas a las que se despoja y al manifiesto perjuicio que se les ocasiona, es claro que la estafa reviste especial gravedad.

En el tercer motivo se impugna la apreciación de la agravación del núm. séptimo del art. 250.1.º, abuso de las relaciones personales de la víctima con el defraudador. Estima la parte recurrente que dichas relaciones son el sustrato del engaño típico, por lo que no se pueden valorar doblemente.

El motivo tampoco puede ser estimado pues, como ya se ha expresado, en el supuesto actual el engaño que determinó el desplazamiento patrimonial consistió en suscribir un crédito garantizado por los perjudicados sin ánimo de pago, para hacer recaer la responsabilidad de la deuda sobre los titulares del fondo pignorado como garantía, o en pasar doblemente al cobro determinados servicios, a través de cuentas distintas, engañando a los pagadores mediante la confusión deliberadamente organizada entre unas y otras cuentas, y entre unas y otras facturas.

La especial relación personal entre las víctimas ingresadas en una Residencia de Ancianos y la defraudadora, propietaria y directora de la misma, no constituye en el caso actual el sustrato del engaño, que se apoya de modo sustancial en las maniobras fraudulentas de la condenada y en la fragilidad mental de sus víctimas, sino una circunstancia de la que se abusa para facilitar el expolio. Y es precisamente este abuso de las relaciones personales, que no integra el engaño pero lo facilita, lo que el legislador estima que debe ser sancionado de modo agravado.

Nos encontramos, en consecuencia, ante un supuesto paradigmático de abuso de relaciones personales, la directora de una residencia de ancianos y las personas confiadas a su cuidado, y ante una maquinación engañosa perfectamente urdida, facilitada por las relaciones entre defraudador y víctima pero con sustantividad propia. El motivo debe ser desestimado.

El cuarto motivo del recurso impugna la individualización de la pena por estimar que se encuentra deficientemente motivada. Es cierto que la sentencia debería haber sido más expresiva en este punto, pero también lo es que al apreciarse delito continuado la aplicación de la pena en su mitad superior (tres años y seis meses a seis años) está legalmente justificada, imponiéndose en la

sentencia impugnada la pena de cuatro años, que se encuentra próxima al mínimo de dicho marco.

Teniendo en cuenta que no concurre una agravación, sino dos (valor de la defraudación y abuso de relaciones personales), y que al menos dos de las estafas sancionadas en el delito continuado son individualmente de especial entidad por el valor de la defraudación, la imposición de una pena algo superior al límite mínimo de la mitad superior se justifica por si misma. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado y con él la totalidad del recurso.

3. *Absolutoria del delito de abandono de menores del compañero sentimental de la madre de los mismos, que se quedó a cargo de ellos cuando la madre se ausentó a trabajar, al no quedar probado que concurriera el requisito de la imputación objetiva, y en la hipótesis de que tal imputación objetiva hubiese existido, habría faltado el dolo en su comportamiento.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 12 de septiembre de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García.

ANÁLISIS DEL CASO

- Sara, mayor de edad y sin antecedentes penales, venía residiendo en el domicilio sito Reus, en unión de su hijo menor de edad, nacido el día 5-9-1993, conviviendo con José, mayor de edad y sin antecedentes penales.
- Como Sara se ausentaba de su domicilio por razones laborales, en estos periodos de tiempo José, asumía la labor de cuidar al menor Andrés. Ante esta situación y por falta del debido cuidado que precisaba el menor por su corta edad, devino una situación de desamparo del menor que culminó con su ingreso en el Hospital Sant Joan de Reus en fecha de 26.12.93, en un estado de salud límite, esto es, presentando bradicardia extrema apnea, lo que hizo preciso que se procediera de forma urgente a su reanimación profunda con intubación y conexión a respirador, constatándose un estado de shock catalogado de séptico y deshidratación, con desnutrición grave con un peso de 4.030 gramos, siendo la media normal para su edad de 6.800 gramos, y suciedad importante con infestación parasitaria. Durante el periodo de ingreso hospitalario del menor se le diagnosticó una encefalopatía hipóxico-isquémica no connatal.
- El menor fue dado de alta en fecha de 28.3.1994 asumiéndose por la Secció Territorial d'Atenció a l'Infancia las funciones tutelares, acordándose el consiguiente acogimiento simple institucional.

- En la exploración psicopedagógica realizada el 2.6.1994 se constató un nivel global de desarrollo muy por debajo del que debería tener atendiéndose a su edad cronológica.
- No ha quedado acreditado ni que el acusado José asumiera en ningún momento las funciones de guardador de hecho del menor, ni que tuviera la instrucción o preparación necesaria para afrontar con garantías el cuidado de un recién nacido.
- El Juzgado de Instrucción número 1 de Reus incoó Procedimiento Abreviado con el núm. 95/1994 contra José Daniel que, una vez concluso remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona que, con fecha 22 de marzo de 2002, dictó sentencia absolviendo al acusado D. José del delito de abandono de menores por el que venía acusado tanto por el Ministerio Fiscal (art. 229.1 del CP) como por el Lletrat de la Generalitat de Catalunya en su función de Acusación Particular (art. 229.3 del CP), declarando de oficio las costas del procedimiento.
- El Ministerio Fiscal y la acusación particular la Generalitat de Catalunya interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Señalan los recurrentes que hay contradicción en el propio relato de los hechos probados cuando, por un lado, se establece que el acusado asumía la labor de cuidar al menor Andrés mientras la madre se encontraba fuera del domicilio por razones laborales (párrafo 1.º), y, por otro lado, dice que no se acreditó que dicho acusado asumiera en ningún momento las funciones de guardador de hecho del niño.

No hay contradicción alguna, por cuanto que, como bien dice el Ministerio Fiscal este concepto de guardador de hecho tiene un significado muy concreto en el texto de la sentencia, referido a quien reúne estas dos notas: 1.ª, desempeño de labores de asistencia continuada; 2.ª, con responsabilidad decisoria. Precisamente por entender que no respondía la tarea desempeñada por José Daniel respecto del menor Andrés a tal concepto concreto es por lo que se le absuelve.

Claramente, según la tesis de la propia sentencia recurrida no es lo mismo cuidar al menor mientras la madre se ausentaba del domicilio por su trabajo que ser un guardador de hecho en ese estricto concepto que acabamos de explicar. No existe el pretendido quebrantamiento de forma.

Entrando en el motivo del recurso del Ministerio Fiscal y al 1.º de la acusación particular, concretamente a todo lo alegado en dicho motivo único y en la parte más importante de este último, ambos recurrentes alegan infracción legal por no haberse aplicado al caso, bien el art. 229 CP actual, bien el 448 CP anterior, que sancionan el abandono de niños por parte de la persona encargada de su guarda.

Veamos cuáles son los elementos de este delito en su modalidad básica definida en sus respectivos párrafos primeros: 1.º Sujeto pasivo ha de ser necesariamente un niño

menor de siete años. El CP actual lo amplia a cualquier menor de edad o incapaz. 2.º El sujeto activo aparece definido en los términos "la persona encargada de su guarda". Lo mismo en el CP vigente. 3.º La conducta delictiva se concreta, en ambos códigos, a través de una sola expresión: "el abandono". Ha de existir una conducta activa u omisiva de dicho sujeto activo en virtud de la cual este abandono le pudiera ser imputado. 4.º El delito ha de ser doloso. Por tanto, es elemento del tipo el dolo, o conocimiento por parte del sujeto activo de que en su comportamiento concurren esos tres elementos objetivos que acabamos de exponer: conocimiento de la edad del menor, conocimiento de que él mismo está encargado de su guarda y conocimiento de que con una conducta suya, activa u omisiva, está ocasionando esa situación de abandono del menor.

Veamos lo ocurrido en el caso presente con cada uno de esos cuatro elementos:

A) Ninguna duda hay en cuanto a que el niño reunía las condiciones exigida para ser sujeto pasivo de este delito, pues tenía 3 meses y 21 días en la fecha en que fue llevado al hospital en una situación límite para su vida.

B) Entendemos que también concurre el segundo elemento. Ese haberle encomendado la madre, con la que convivía, al acusado, que cuidara del menor mientras ella estaba fuera por razón de su trabajo, y la asunción de tal encomienda por parte de él, nos permite afirmar aquí que José era la persona encargada de ese menor durante ese periodo de tiempo en que la madre se ausentaba del domicilio.

Estimamos que esta expresión legal "persona encargada de su guarda" es más amplia que el concepto "guardador de hecho" utilizado en la sentencia recurrida en su argumentación para absolver al acusado. Basta examinar el párrafo 2.º del art. 488 para percatarnos de ello, como bien dice el escrito de recurso de la acusación particular. Si este párrafo 2.º está definiendo una figura de este delito agravada por una condición particular del sujeto activo, quiere decirse que hay otros posibles sujetos activos —los de la figura básica del párrafo 1.º— además de éstos cuyo comportamiento punible está más castigado. Si en este párrafo 2.º se agrava el delito para "los padres, tutor o guardador de hecho", es porque pueden existir otras personas encargadas de la guarda del menor que pueden ser sujetos activos de este delito en su modalidad básica.

De aquí deducimos nosotros que el concepto "encargado de su guarda" ha de interpretarse, no con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que ahora se refieren los arts. 303 y 304 CC, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (o incapaz —art. 229—), de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección. Son precisamente esos amplios términos legales utilizados en estos tipos delictivos básicos —"persona encargada de su guarda"— y esa necesidad de proteger bienes jurídicos tan valiosos, las razones que nos llevan a efectuar aquí una interpretación generosa de la ley penal, en todo caso respetuosa con sus propias palabras, como exige el principio de legalidad tan esencial en el Derecho Penal desde hace ya varios siglos, como una de las más importantes conquistas del moderno Estado de Derecho.

El hecho de que el CP 95 (art. 229.2) haya modificado los términos de esta figura agravada, al hablar de "padres, tutores o guardadores legales" —no guardadores de hecho—, no sirve para destruir la argumentación que acabamos de exponer. Habrá de servir para configurar un tipo de delito agravado de menor radio de acción en beneficio del tipo básico, pero no para obligar a una interpretación más restrictiva que la que

acabamos de exponer (en cuanto al sujeto activo de este tipo básico).

No hay razón alguna para que una persona encargada de la guarda de un menor, en los amplios términos a que acabamos de referirnos, si realmente practica una conducta de abandono (a continuación nos referiremos a este otro concepto), haya de quedar sin castigo por el hecho de que se trate de actividades de guarda realizadas a título gratuito y sin obligación alguna por razón de un título legal. En el caso presente no nos encontramos ante lo que vulgarmente se llama un "canguro", expresión utilizada en la sentencia recurrida, sino ante algo más, por haber existido una continuidad en el ejercicio de esa guarda del menor —mientras la madre desempeñaba su trabajo—, aunque no existiera autonomía o facultad de decisión propia en la forma en que el acusado tenía que desempeñar esta tarea, ya que había de someterse y se sometía de hecho a los mandatos de dicha progenitora.

No es necesario que aquí nosotros digamos si un "canguro" —guardador por unas horas y retribuido— puede o no cometer este delito (posiblemente pueda, dadas las diversas modalidades en la forma de comisión de estas infracciones penales). Pero sí hemos de afirmar que esas labores de cuidado de José respecto del menor encajan en este concepto de "persona encargada de su guarda".

C) Sin embargo, no concurre el otro elemento objetivo, el tercero, el relativo a la forma de comisión definido en la norma penal como "el abandono". De acuerdo con lo dicho en la propia sentencia recurrida abandono existió; pero no imputable a la persona del ahora acusado. Así lo deducimos de lo que tal resolución nos dice, en el párrafo 2.º del fundamento de Derecho 2.º, donde podemos leer lo siguiente: "no consta acreditado en autos que la situación de desatención crónica que presentaba el menor tuviera su causa en una supuesta labor asistencial deficiente decidida y asumida por José".

Para explicar lo que acabamos de decir razonamos del modo siguiente:

a) Entendemos que abandono existe, no sólo cuando se deja a un niño (o incapaz) a su suerte desvinculándolo de su entorno habitual, de modo que queda excluido de la esfera de los cuidados que venía recibiendo. Éste es el caso ordinario en épocas pasadas cuando era frecuente dejar a un niño recién nacido o de corta edad en cualquier lugar con peligro de no ser atendido. Pero también existe abandono, y éste es el caso presente, cuando un menor (o incapaz) no recibe las debidas atenciones por parte de quien lo está cuidando, de modo que llega a encontrarse en una situación tan extrema que hasta vulgarmente se habla de abandono por parte de esa persona que le cuida y lo hace sin la dedicación adecuada. Parece que la primera modalidad se corresponde con la figura del delito instantáneo, mientras que la segunda se comete por acciones u omisiones que se desarrollan en un periodo de tiempo más o menos prolongado.

Los hechos probados de la sentencia recurrida nos dicen en qué consistía ese "estado de salud límite" cuando nos pormenoriza la situación en que el menor llegó al hospital el 26-12-1993, bradicardia extrema y apnea, shock séptico, deshidratación, desnutrición grave, suciedad importante e infestación parasitaria.

b) Pero para que se pueda condenar por este delito no basta que exista el mencionado abandono: es necesario que éste pueda imputarse al acusado. Es decir, tiene que haber una conexión tal entre la conducta activa u omisiva de dicho acusado (frecuentemente o primordialmente omisiva en los casos de la segunda modalidad antes referida) y esa situación del menor (o incapaz) reveladora del abandono por parte de ese acusado en su condición de cuidador. Es la llamada por la doctrina reciente imputación objetiva, que faltó en el caso presente como nos dice la sentencia recurrida en el párrafo 2.º de su

fundamento de Derecho 2.º en la parte que hemos trascrito al inicio de este apartado C).

D) El último de los elementos es el dolo, como requisito subjetivo que ha de concurrir en todos los delitos dolosos. En el CP actual ninguna duda puede existir sobre la naturaleza dolosa de este delito, que no podrá cometerse mediante imprudencia al no hallarse esta forma de comisión expresamente prevista como conducta delictiva, dado lo dispuesto en el art. 12 de este código. Si alguna duda podía existir sobre la posibilidad de comisión de este delito a título de imprudencia por el sistema abierto *(numerus apertus)* del art. 565 del CP anterior, tal duda queda ya despejada ante el texto del mencionado art. 12.

El dolo, en este delito básico de los arts. 488.1 y 229.1 que estamos examinando, exige en el sujeto activo conocimiento de que en su comportamiento concurren los hechos que configuran todos y cada uno de esos elementos objetivos del tipo, los tres antes referidos. Ha de saber el sujeto al obrar: 1.º, que el sujeto pasivo en un menor (o incapaz); 2.º, que él mismo se encuentra encargado de su guarda; 3.º, que con su conducta está originando, propiciando o favoreciendo la situación de abandono de dicho sujeto pasivo. Quien con este triple conocimiento actúa y produce (o ayuda) ese abandono actúa dolosamente.

Pues bien, en el presente caso, aunque pudiera decirse que objetivamente la conducta del acusado hubiera ocasionado o cooperado en la existencia de ese abandono (no es así, pues lo niega la propia sentencia recurrida como acabamos de ver), esto es, aun en la hipótesis de que así hubiera sido, en todo caso, habría faltado el dolo por no haber existido ese conocimiento en relación al 3.º de tales elementos objetivos del tipo delictivo. Cuando la sentencia recurrida, en esa parte del párrafo 2.º del fundamento de Derecho 2.º, nos habla de que no se acreditó la "supuesta labor asistencial deficiente decidida y asumida por José" está poniendo de relieve la falta del dolo como elemento del tipo. Los adjetivos "decidida y asumida" así lo ponen de manifiesto.

En conclusión, en el comportamiento de dicho acusado en relación con la persona del niño Andrés, que a la sazón tenía algo más de tres meses cuando los hechos de autos se produjeron, no ha quedado probado que concurriera el requisito de la imputación objetiva antes referido, y, en la hipótesis de que tal imputación objetiva hubiera existido, habría faltado el dolo en su comportamiento, elemento necesario en toda clase de delitos dolosos.

Así pues, no existió el delito por el que José ha sido acusado.

Hay que desestimar también este motivo único del recurso del Ministerio Fiscal y el 1.º del formulado por la acusación particular.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. PROCESAL

1. *Inadmisión del recurso de casación interpuesto por la esposa al pretender únicamente una nueva valoración de los hechos en relación con la temporalidad de la pensión compensatoria, habiendo reiterado este tribunal que el Codi de Família (art. 86) permite el establecimiento del término o plazo, pero no obliga a su fijación judicial.*

TSJ de Cataluña, Auto de 18 de septiembre de 2003.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal i Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Penélope interpuso recurso de casación contra la sentencia de fecha 7 de abril de 2003 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona en el rollo de apelación 100/2003 que dimana de las actuaciones de divorcio 254/2002 tramitadas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Olot.
- Por providencia de fecha 24 de julio pasado, se dio traslado a las partes por término de diez días, de conformidad con lo dispuesto en el art. 483.3 de la LEC, a fin de que alegasen lo que estimasen oportuno sobre las posibles causas de inadmisibilidad del recurso interpuesto, que las partes evacuaron en tiempo y forma.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El recurso de casación se fundamenta, según expresa cita de la parte recurrente, en los apartados 2, número 3.º, y 3 del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, en presentar interés casacional por contradecir la sentencia impugnada la doctrina ju-

risprudencial del Tribunal Superior de Cataluña —en este caso— y por resolver puntos o cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Por providencia de fecha de 24 de julio último y de conformidad con lo que dispone el art. 483.3 de la LEC, se concedió un plazo de diez días a las partes personadas a fin de que formularan alegaciones, habida cuenta de que, a juicio de la Sala, el recurso presentaba determinados óbices de admisibilidad "por discutirse temas fácticos, inaccesibles a la casación, citándose también, sólo dos sentencias de contradicción entre las Audiencias Provinciales y una exclusivamente de esta Sala, y sin concretar el núcleo de contradicción en las sentencias que, por copia, se presentan". Las partes han efectuado las oportunas alegaciones.

En absoluto modifican el criterio de esta Sala las alegaciones efectuadas por la parte recurrente que, por lo demás, se limita a insistir sobre el contenido del recurso, afirmando, en lo que es motivo de este trámite procesal, que: "en quan a que només s'acompanya una sentència d'aquest Tribunal es perquè entenem no n'existeix cap altre que reguli el tema que ara es debat" y que "el nucli de contradicció també entenem que està fixat i és que la sentència de l'Audiencia que es recorre infringeix la doctrina d'aquest Tribunal en quan a la fixació d'un límit temporal a les pensions compensatòries".

En cuanto al primer argumento, supone el desconocimiento de lo que debe entenderse por doctrina jurisprudencial, que lo representan dos o más sentencias que interpretan la Ley en sentido similar (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1991 y 21 de mayo de 1997, Auto de 27 de noviembre de 2001, más Auto de esta Sala de 30 de abril de 2001, entre muchos otros). Pero, aun en el caso de que existieran otros pronunciamientos de esta Sala, la parte no cuida de concretar, como lo exige el art. 479.4 de la LEC, en qué forma, cómo y en qué sentido la sentencia de apelación ha vulnerado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia, requisito que tiene una justificación evidente ya que sólo en estos supuestos la Audiencia puede valorar, si cabe, la revocabilidad que se invoca y decidir sobre la preparación del recurso, según prevé el art. 479.4 de la Ley procesal (así se ha expresado la Junta General de Magistrados del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000, el Auto de la Sala Primera de ese Tribunal de 16 de octubre de 2001 y esta Sala en, por ejemplo, los Autos de fechas 21 de mayo de 2001 y 6 de marzo de 2003).

En cuanto al segundo de los argumentos, esta Sala en la sentencia indicada por la parte recurrente dejó claramente establecido que la fijación de un límite temporal en la obligación de pago de la pensión es de carácter potestativo, valorando el Tribunal las circunstancias concurrentes en el caso concreto (allí se dijo: "Tampoco el Derecho catalán opta definitivamente por la temporalidad esencial, sí, en cambio, por la temporalidad potestativa, al fijar legalmente las causas sobrevenidas de extinción: millora de la situació econòmica del cònyuge creditor, matrimoni del cónyuge creditor, mort del cónyuge creditor i transcurs del termini per qual es va establir. Deviene, pues, claro que el Codi de Família (art. 86) permite la fijación del término o plazo, pero no obliga a su fijación judicial"). Sobre estos presupuestos, queda en indefinición en qué sentido la Audiencia infringió la anterior doctrina, como no sea en contemplación de las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto litigioso, no valorables en trámite de casación.

Y esa misma indefinición queda patente al estudiar las dos únicas sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona presentadas por la parte recurrente (con olvido de que el interés casacional se basa en la existencia de doctrina jurisprudencial —dos o más sentencias— contradictoria de las Audiencias Provinciales) que recaen, obviamente, sobre casos específicos y, por ende, difícilmente extrapolables a otro supuesto fáctico, tal cual se decía en el citado Auto de esta Sala de 6 de marzo de 2003. Por todas estas razones el recurso debe ser inadmitido.

II. VIVIENDA FAMILIAR

1. *A pesar de que la regla general es fijar un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar, existen casos en los que no podrá establecerse dicho límite cuando la necesidad del cónyuge sea razonablemente duradera.*

TSJ de Cataluña, Sentencia de 22 de septiembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ponç Feliu i Llansa.

ANÁLISIS DEL CASO

- María formuló demanda de juicio de separación contra D. José solicitando la adopción de determinadas medidas.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 del Vendrell dictó sentencia el 27 de mayo de 2002 estimando la demanda y acordando entre otras las siguientes medidas: Se atribuye a D.ª María el uso y disfrute del que fue domicilio conyugal así como los muebles y ajuar doméstico que en el mismo existen pudiendo D. José retirar los objetos y demás enseres de uso personal que en dicha vivienda todavía se hallen así como los bienes que figuran en el inventario aportado por la parte demandada como documento n.º 7. Tal atribución del uso y disfrute a favor de D.ª María tendrá carácter temporal hasta que se produzca la consumación de la venta de la referida vivienda y efectiva percepción por parte de la misma de las cantidades que le corresponden en su condición de copropietaria de la referida vivienda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Tarragona que dictó sentencia el 6 de marzo de 2003 estimando el recurso interpuesto por D.ª María y acordando lo siguiente: "Se atribuye a D.ª María el uso y disfrute del que fue domicilio conyugal así como los muebles y ajuar doméstico que en el mismo existen pudiendo D. José retirar los objetos y demás enseres de uso personal que en dicha vivienda todavía se hallen así como los bienes que figuran en el inventario aportado por la parte demandada como documento n.º 7.
- D. José interpuso recurso de casación que fue desestimado por el TSJ de Cataluña.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los dos motivos que integran la presente casación confluyen en una misma y única cuestión: Dirimir la necesidad o no de temporalidad en la atribución del uso de la vivienda conyugal en el supuesto del art. 83. 2 b) del Código de Familia. En efecto, el recurrente formula como única solicitud que sea dictada nueva sentencia "por la que se otorgue el uso de la vivienda familiar con carácter temporal a favor de la Sra. María hasta que se proceda a la enajenación de la expresada finca y se condene en costas a la adversa".

La presente petición se formula en el marco de un juicio de separación conyugal formulado por la esposa. En la primera sentencia de instancia, y para lo que aquí interesa, se resolvió en el sentido de otorgar el uso del que fuera domicilio conyugal, propiedad por igual de ambos cónyuges, a la demandante, especificándose, sin embargo, que "Tal atribución del uso y disfrute a favor de D.ª María tendrá carácter temporal hasta que se produzca la consumación de la venta de la referida vivienda y efectiva percepción por parte de la misma de las cantidades que le corresponden en su condición de copropietaria de la referida vivienda."

Contra dicho pronunciamiento (y contra otro que no interesa a los efectos del presente recurso) se alzó la demandante postulando que aquella atribución no tuviera carácter temporal, petición que acoge la sentencia impugnada al eliminar todo plazo razonando (fundamento de Derecho primero) que "... si se considera que existe un interés merecedor de protección, éste se debe de proteger haciendo la atribución del uso, que la propia sentencia razona como procedente, sin limitación temporal, pues es lo que se ajusta a las circunstancias concretas del matrimonio...".

La parte recurrente aduce, en síntesis, que no puede asumirse tal atribución intemporal de la vivienda y que esta medida provoca, puesto que el Sr. José sufre un precario estado de salud y cuenta ya 75 años de edad, "la total anulación del derecho de propiedad y conforma un grave atentado a lo dispuesto de forma clara por el art. 83 del Código de Familia catalán" (motivo primero) y que a dicha aplicación indebida del Código de Familia cabe añadir el pronunciamiento impugnado "se opone a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, que se han venido pronunciando reiteradamente y de forma uniforme sobre la necesidad de establecer limitación temporal en la atribución de la vivienda en caso de inexistencia de hijos menores o hijos dependientes económicamente de uno de los cónyuges, que es lo que sucede en el caso que nos ocupa" (motivo segundo).

Son varios los aspectos que se deben analizar:

1.º) Estado de la cuestión en la denominada jurisprudencia menor:

a) En el ámbito de las Audiencias Provinciales de Cataluña, se detecta un bloque jurisprudencial favorable a la tesis de la obligada limitación en el tiempo de la atribución de la vivienda familiar, salvo en supuestos muy excepcionales, y se dice, por ejemplo, que tal atribución "no puede, salvo casos excepcionales, prorrogar de forma indefinida su vigencia" porque "entraría en colisión con los legítimos derechos que al otro consorte puedan corresponderle sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso, como y fundamentalmente, en lo relativo a su disposición a través de venta u otra operación que permita la efectiva liquidación del patrimonio común..." (Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 18, de 17-5-2002), ya que el cónyuge copropietario, sin el establecimiento de un límite temporal "puede ver frustrado en la práctica su derecho de reparto efectivo y no meramente nominal, por cuotas ideales, de los bienes comunes" (S. de la AP de Barcelona, Sección 18 de 5-6-2002), añadiéndose que el Código de Familia no recoge, como el anterior, "la distinción de quién sea el beneficia-

rio de la vivienda y el titular dominical, sino que haciendo abstracción de tal circunstancia (...) se acude al principio de protección del más necesitado, pero con carácter temporal...” (S. de la AP de Barcelona ..., Sección 12 de 2-11-2000). La Audiencia de Lérida (Sección primera) pasa a engrosar dicha línea jurisprudencial diciendo que “de otro modo ya no sólo resultaría incumplido el mandato contenido en el art. 83 del Código de Familia, sino que además devendría ineficaz el pronunciamiento judicial relativo a la división de los bienes en régimen de copropiedad” (S. de 19-10-2000).

b) Sin embargo, existe otra visión (siempre de la jurisprudencia menor) según la cual “Tal derecho no puede ser sometido a término extintivo por dos razones, en primer lugar por cuanto es titular del derecho de propiedad sobre la mitad del patrimonio ganancial, en tanto que el mismo no se liquide efectivamente. En segundo lugar, por cuanto no puede ser prevista racionalmente una fecha en la que la situación de precariedad económica deje de existir, ya que depende de circunstancias futuras e inciertas (S. AP Barcelona, Sección 12, de 29-1-2002), de tal manera que “siendo de copropiedad entre los cónyuges dicha vivienda, no procede en tal trámite fijación temporal alguna, ya que ésta sólo se halla prevista para el caso de que la atribución de su uso se haga a favor del cónyuge no titular de la vivienda y no concurriendo dicho supuesto no cabe establecer previsiones de futuro, ya que serán éstas, de producirse, las que podrán dar motivo a una modificación de la medida acordada” (S. de la AP de Barcelona, Sección 12, de 22-6-1999), puesto que el interés más necesitado de protección “en el caso de autos concurre en la situación de la esposa, sin el establecimiento de límite temporal alguno mientras subsista tal situación” (S. de la AP de Barcelona, Sección 12, de 10-6-1999), habiéndose dicho también que “En cuanto a la atribución del usufructo o uso del domicilio conyugal, visto que la esposa no tiene recursos económicos directos, pues no trabaja, ni percibe renta alguna y sólo tiene un patrimonio difícil de realizar... tal uso no puede quedar limitado en el tiempo..., sino que debe ser un uso indefinido, sin perjuicio de que, si existe un cambio en las circunstancias, se pueda solicitar la modificación de la medida” (S. de la AP de Gerona de 10-1-2003).

2.º) La cuestión de las facultades dominicales de disposición.

Algunos de los pronunciamientos favorables al establecimiento, con carácter necesario, de un plazo en el uso de la vivienda se fundamentan en el atentado que para las facultades dominicales de disposición de la vivienda comporta para el propietario (o copropietario) la atribución de un uso indefinido.

Pero la Jurisprudencia del TS según la cual debe separarse radicalmente el ejercicio de la *actio comuni dividundo* de las inherentes a las medidas acordadas en proceso matrimonial, debe considerarse totalmente consolidada. La sentencia del TS de 26-4-2002 evoca la del mismo Alto Tribunal de 27-12-1999, que contiene un estudio de la evolución de la jurisprudencia al respecto, enseñando que “Aun cuando es cierto que la sentencia de 22 de septiembre de 1988 recoge el criterio aludido en la instancia, esta doctrina ha sido rectificada por la de las sentencias de 22 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, con arreglo a las que, si bien el titular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex cónyuge en virtud de sentencia de divorcio. Por tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, lo que sólo puede ser modificado por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó.”

En este mismo sentido ya se pronunció esta Sala en su Sentencia de 24 de febrero de 2003 (Sentencia núm. 4/2003), de la que cabe reseñar, por ejemplo, la siguiente referencia: "Si pudiera suscitarse en Cataluña alguna duda referente a la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo que se ha analizado, que en el momento de hacer compatibles los dos derechos que ahora tratamos, permitía la división de la cosa común, y asimismo la posibilidad de su venta, incluso en subasta pública, pero con la exigencia en todos los casos de respeto del derecho de uso atribuido con la vigencia del Código de familia, estas dudas se han desvanecido", habiéndose dicho también en la mencionada resolución anterior de esta Sala que: "... el Código de familia aborda sin recelos los problemas que ahora se tratan y regula tanto los supuestos de titularidad exclusiva de la vivienda familiar como los casos de titularidad compartida, y concluye con la prohibición de los actos de disposición de la vivienda sólo en los casos en que se comprometa su uso."

3.º) El redactado del art. 83.2 b) del Código de Familia.

Una interpretación estrictamente literal del precepto indicado parecería que conduce a una única e inequívoca conclusión: la voluntad del legislador de establecer siempre y en todo caso un plazo para la atribución de la vivienda familiar, tanto si hubiera hijos menores de edad como si no. Para el primer supuesto (en el que se señala la preferencia de atribución a favor del cónyuge encargado de la guarda de los menores), la duración vendrá marcada, con carácter general, por la edad de los mismos, ya que la cesación de la guarda comportará también la del uso de la vivienda. Para el segundo supuesto, o sea, para el caso de inexistencia de hijos (porque el matrimonio no los tuviera o aquéllos se hubieran emancipado) se haría la atribución al cónyuge más necesitado de protección siempre con carácter temporal, sin perjuicio de otorgar prórroga en caso de subsistencia de aquella necesidad.

A tenor de esta interpretación literal, la temporalidad sería, pues, requisito inherente al otorgamiento del uso de la vivienda, entre otras cosas porque el art. 83 b) *in fine* se refiere a la posibilidad de acordar prórroga, y, por definición, únicamente puede prorrogarse lo que previamente tiene señalado un plazo.

Resulta, sin embargo, que el mismo precepto dispone que tal atribución se hará "mientras dure la necesidad" del beneficiario, lo cual significa que habrá casos —ciertamente excepcionales— en los que, al ser previsible la permanencia de la necesidad o altamente improbable su superación, no quedará otra opción, a pesar del redactado del precepto, que someter la regla general de la temporalidad a la duración de la necesidad, de forma que será esta última la que, en definitiva, acabe —o no— imponiendo un plazo a la ocupación; entendiendo que, llegado el caso, será el propietario quien deberá invocar y demostrar el cese de aquella necesidad que se presentaba razonablemente como indefinida.

Así pues, el recto entendimiento del precepto lleva a las siguientes conclusiones:

a) En ausencia de hijos (por inexistencia o emancipación), la vivienda familiar (ya sea que pertenezca a uno solo de los cónyuges o a los dos y con cualquiera que sea el régimen dominical) se atribuirá al cónyuge más necesitado de protección, que deberá evaluarse de forma judicial en virtud del resultado probatorio.

b) Dicha atribución se llevará a cabo a partir de una ponderación judicial de la previsible duración de las necesidades del cónyuge más menesteroso. En el caso de que dicha previsión apunte a una necesidad razonablemente duradera e invariable en el tiempo podrá no señalarse plazo, sin perjuicio de las facultades revisatorias del propietario (o copropietario), en caso de producirse una modificación en las circunstancias.

c) En supuestos de copropiedad, cualquiera de los dos cónyuges podrá instar, en el momento que considere oportuno, la acción de división de la cosa común, sin perjuicio de que, una vez consolidada la totalidad del dominio, el cónyuge no beneficiado por la

atribución del uso de la vivienda o un tercero, deba respetar la decisión que sobre dicho uso haya sido fijado judicialmente, uso inscribible en el Registro de la Propiedad y que causará los efectos protectores inherentes al principio de publicidad registral.

Habiendo considerado cuanto antecede, y a causa de la intangibilidad del *factum* de la sentencia recurrida, al no haber sido impugnado mediante el correspondiente recurso por infracción procesal, debe valorarse que aquella declara probado, respecto del marido que "... con tal cifra, 435.000 pesetas, si descontamos de ella el importe de la pensión compensatoria solicitada por la demandante, le quedan para vivir 260.000 pesetas, mientras que la esposa, sumando a las 175.000 pesetas lo que hemos calculado como valor de la atribución del uso, 75.000 pesetas, le corresponde una cantidad equivalente de 250.000 pesetas" (fundamento de Derecho segundo). Si a ello se añade que "se trata de un matrimonio que se separa en el año 2003, después de haber convivido juntos durante 45 años y teniendo en común seis hijos", que "la demandante cuenta en la actualidad con más de sesenta años, ha dedicado toda su vida a la familia y sus atenciones (sólo diez años estuvo trabajando en tareas domésticas), carece de cualquier tipo de ingresos por trabajo personal (...) El marido, por el contrario, percibe una nómina y una pensión de la seguridad social (...) ingresos que se sostendrán en el futuro y que le permiten perfectamente sufragar un gasto de alquiler suficiente a sus necesidades; también en el caso que su enfermedad lo exija, podrá pagar los gastos de las atenciones que requiera (...) pues reconoció poseer un patrimonio, producto del ahorro de 10.000.000 de pesetas (descontando 1.499.989 pesetas, debe contabilizársele la cifra de 8.500.031 pesetas). Con tales datos, sólo puede sostenerse que el interés más necesitado de protección es el de la esposa"; juicio de valor que comparte plenamente esta Sala y que justifica suficientemente la atribución a la demandante de la vivienda familiar sin limitación de tiempo mientras dure la necesidad que la ha motivado.

2. *Al no poderse asegurar que la necesidad de la esposa vaya a desaparecer dentro de un determinado plazo, no procede fijar limitación a la atribución del uso de la vivienda familiar.*

TSJ de Cataluña, Sentencia de 6 de noviembre de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal i Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Fidel interpuso demanda de modificación de medidas de divorcio contra D.ª Eva.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Rubí dictó sentencia el 28 de septiembre de 2002 estimando la demanda y dejando sin efecto la atribución del uso del domicilio conyugal efectuada a la demandada en la sentencia que decretó el divorcio, pudiendo disponer de la misma durante el plazo de seis meses,

transcurrido el cual deberá entregar la posesión de la misma al actor, sin expresa imposición de costas.

- En grado de apelación, la Sec. 12.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia el 4 de marzo de 2003 estimando el recurso interpuesto por D.ª Eva y con desestimación de la demanda, absolvió a la demandada de las peticiones de la parte actora, sin hacer condena expresa en costas de la alzada procedimental a ninguna de las partes.
- D. Fidel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el TSJ de Cataluña que mantuvo tal como hizo la Audiencia Provincial, sin limitación temporal alguna, la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de D.ª Eva.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El objeto del recurso quedó centrado en la supuesta vulneración contenida en la sentencia del art. 83.b), segundo inciso, del Codi de Família de Catalunya. La Sección indicada de la Audiencia revocó en su día la sentencia del Juzgado (que limitó a seis meses la posesión de la vivienda conyugal por parte de la esposa demandada en el procedimiento) y absolvió de la demanda a D.ª Eva. Y es cierto que, en el momento del recurso, esta Sala no se había pronunciado sobre la temporalidad del uso de la vivienda conyugal en casos de crisis matrimonial (*ex* art. 83.b., segundo inciso, del Codi de Família), razón por la cual el recurso fue admitido.

En el momento actual la situación es distinta, porque la Sala acaba de pronunciarse extensamente sobre dicho precepto, en la sentencia de fecha 22 de septiembre pasado, expresando su parecer unánime.

El precepto en cuestión no es, ciertamente, un modelo de redacción clara. Cuando de trata de la atribución del domicilio familiar, el precepto indicado determina: "Si no hi ha fills (en el caso el hijo es mayor de edad), se n'atribuieix l'ús al cònyuge que en tingui més necessitat. L'atribució té lloc amb caràcter temporal, mentre duri la necessitat que l'ha motivada, sens perjudici de pròrroga, si és el cas."

Como se dice en nuestra sentencia anterior, una interpretación puramente literal del precepto obligaría siempre a una temporalización del uso de la vivienda conyugal, tanto porque así lo dice expresamente el precepto, cuanto porque, por definición, sólo puede prorrogarse aquello que tiene marcado un plazo.

Sin embargo, la concreción de este plazo y, más en concreto, el *dies a quem,* lo relaciona la ley con un concepto indefinido: la necessitat. La Ley, efectivamente, establece que la duración del plazo se contraerá a "mentre duri la necessitat", de forma se obliga al Juez a una ímproba pre-determinación del lapso temporal.

Se concluye en la sentencia de repetida mención que: "... hi hauran casos —certement excepcionals— en què, en ser previsible la permanència de la necessitat o altament improbable la seva superació, no quedarà opció altre, malgrat la literalitat del precepte, que sotmetre la regla general de la temporalitat a la duració de la necessitat, de tal manera que serà aquesta darrera la que, en definitiva, acabi —o no— imposant un termini a l'ocupació; en l'entesa que, arribat el cas, serà el propietari qui haurà d'invocar i demostrar la cessació d'aquella necessitat que es presentava raonablement com indefi-

nida" y así: "Aquesta atribució es farà a partir d'una ponderació judicial de la previsible duració de la necessitat del cónyuge més menesterós. Cas que tal previsió apunti a una necessitat raonablement duradora i invariable en el temps podrà no assenyalar-se termini, sens perjudici de les facultats revisòries del propietari (o copropietari), de produir-se una modificació de circumnstàncies."

A la luz de todo lo anterior debe ahora revisarse el caso de autos, teniendo muy presente que, al no haberse combatido el relato fáctico de la sentencia mediante el oportuno recurso extraordinario por infracción procesal, los hechos contenidos en la sentencia son ahora intangibles.

Pues bien, el Tribunal de instancia entiende no acreditado que la Sra. Eva haya aumentado sus ingresos hasta el punto de poder hacer frente por si misma al costo de la vivienda. Esta sola afirmación contenida en la sentencia (Fundamento de Derecho Sexto, segundo párrafo) debería ser suficiente para abonar el rechazo del recurso. Pero ocurre, además, que tal juicio de valor, apoyado en las pruebas practicadas a lo largo de las actuaciones, nada tiene de ilógico, irracional o arbitrario; antes al contrario, encuentra indudable apoyo en los escasos ingresos de la demandada (provinientes, según la sentencia, de "fregar suelos"), en que el actor ni siquiera se ha opuesto a la medida de pensión compensatoria por desequilibrio (que acepta), en que no ha acreditado ser él quien tenga mayor necesidad de la vivienda y en la opacidad de su situación económica. La sentencia concluye fatalmente que: "... no puede aceptarse el punto de vista de la sentencia apelada, basada en conjeturas, pero no en pruebas, y así no puede entenderse que la necesidad del uso de la vivienda en la Sra. Eva ha de terminar en el plazo de seis meses. Tampoco esto se apoya en ningún medio de prueba."

La Sala, sin modificar el *"factum"* según se ha dicho, no puede sino compartir estos razonamientos y compartir, pues, que no se ha acreditado, como era preceptivo, que la necesidad de D.ª Eva de habitar la vivienda conyugal haya de terminar en seis meses, con lo que ha de decaer el recurso de casación formulado.

III. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *En aplicación del Código de Familia no puede el Tribunal establecer la actualización de la pensión compensatoria cuando la misma no fue solicitada por la esposa en la demanda de separación.*

TSJ de Cataluña, Sentencia de 1 de diciembre de 2003.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal i Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Elvira formuló demanda de separación contra D. Agustín.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 16 de Barcelona dictó sentencia el 10 de octubre de 2002 estimando parcialmente la demanda y acordando las si-

guientes medidas: 1.ª) La separación definitiva de los cónyuges litigantes. 2.ª) La asignación del uso del domicilio conyugal a la esposa, por tiempo de seis años. 3.ª) Fijar como pensión compensatoria en favor de la esposa, a abonar por el marido, la suma mensual de 510,56 euros (85.000 ptas.), por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, siendo tal cifra susceptible de revisión anual conforme al IPC que anualmente publique el organismo estatal competente. Todo ello sin hacer especial condena en las costas causadas en la tramitación de la presente causa."

- En grado de apelación, la Sec. 12.ª de la AP de Barcelona, dictó sentencia el 17 de marzo de 2003 desestimando íntegramente el recurso interpuesto por D. Agustín.
- D. Agustín interpuso recurso de casación que fue estimado por el TSJ de Cataluña que dejó sin efecto el pronunciamiento relativo a la actualización de la pensión compensatoria.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo básico del recurso extraordinario por infracción procesal se funda en el art. 469.1.2 de la ley de trámites invocando el quebrantamiento de normas procesales reguladoras de la sentencia y, en concreto, violación de los arts. 209, reglas 3.ª y 4.ª, 216, 218.1 y 2 y 752.1 y 4, por inaplicación. En definitiva, el recurrente denuncia, mediante la supuesta infracción de los preceptos citados, que la sentencia de instancia incurre en el vicio de incongruencia al conceder algo no pedido por la parte contraria, esto es, la actualización de la pensión compensatoria, fijada de conformidad con el art. 84 del Codi de Família de Catalunya.

Tal petición había sido ya deducida por la parte ahora recurrente ante el Tribunal de apelación, el cual la había desestimado afirmando que, efectivamente, la pensión compensatoria mantiene una naturaleza ius privatista, sometida al principio de rogación, pero: " ... si finalmente el juzgador se inclina por otorgar tal pensión (al haber sido peticionada) ex oficio debe acordar las cláusulas de actualización con independencia de que se le hayan solicitado expresamente, pues de otra forma esta pensión compensatoria perdería su razón de ser por el transcurso del tiempo y lógica depreciación de la moneda. Por otra parte en el presente caso, es evidente que a lo largo del procedimiento de medidas anteriores a la demanda la Sra. Elvira solicitó en todo momento la actualización de aquellas sumas y lo propio realiza en los sucesivos escritos y comparecencia, por lo que debe desestimarse la denuncia de incongruencia de la sentencia por *extra-petita*".

No puede compartirse el razonamiento de la sentencia, aun con la conciencia de su buena finalidad.

El art. 84.4 del Codi de Família de Catalunya establece de manera clara que: "A petició de part, la sentència pot establir les mesures pertinents per a garantir el pagament de la pensió i pot fixar el criteris objectius i automàtics d'actualització dinerària". Es evidente, en consecuencia, que el legislador catalán, a diferencia del común (*vid.* art. 97 del Código civil: "En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad"), ha querido someter, también, al principio de roga-

ción la adopción por el Juez de las medidas tendentes a equilibrar y garantizar la pensión compensatoria.

En el caso presente, la parte actora ni en la demanda ni en el juicio (según se deduce de la audiovisión del mismo) ha solicitado la adopción de tales medidas y en absoluto puede decirse, como hace la sentencia combatida, que lo solicitó "a lo largo del procedimiento de medidas anteriores a la demanda" y "en los sucesivos escritos y comparecencia".

Esta Sala tiene dicho y repetido, siguiendo la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, que la incongruencia debe medirse en justa equidistancia entre las peticiones deducidas en la demanda y lo concedido en la sentencia, de modo que no puede concederse más de lo que en aquélla se pidió (incongruencia por *ultra petita*), ni cosa diferente a la que se pidió (incongruencia por *extra petita*), ni omitirse cualquier pronunciamiento pedido (incongruencia por *citra petita*).

Siendo ello así, es consecuente la necesidad de estimar este primer motivo de recurso y anular la sentencia en el concreto aspecto a que se refiere.

IV. SEGURIDAD SOCIAL

1. *Reconocimiento del derecho a percibir la totalidad de la pensión de viudedad a la viuda del primer matrimonio al no reconocerse eficacia alguna al segundo matrimonio poligámico contraído por el causante. Voto particular de la Ilma. Sra. D.ª Rosa M.ª Virolés Piñol.*

TSJ de Cataluña, Sentencia de 30 de julio de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Quetcuti Miguel.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª María Teresa contrajo matrimonio en la república de Gambia con D. Miguel Ángel el 26-3-1980. Respecto de dicho matrimonio consta expedido por el Consulado de la República de Gambia en fecha 12-4-1999 la legitimación y versión en castellano del documento del Tribunal Islámico de Banjul (Impreso A —ordenanza mahometana de matrimonios y divorcios, 1941— Registro de matrimonios referido al mencionado matrimonio). Así mismo consta expedido Libro de familia serie C 052458 y en el mismo constan los siguientes hijos: Tomás, Marco Antonio y Gabino.
- D.ª Julieta contrajo matrimonio en la república de Gambia con D. Miguel Ángel el 15-8-1993. Respecto de dicho matrimonio consta expedido por el Consulado de la República de Gambia en fecha 18-3-1999 legitimación y versión en castellano del documento del Tribunal Islámico de Banjul (Im-

preso A —ordenanza mahometana de matrimonios y divorcios, 1941— Registro de matrimonios referido al mencionado matrimonio). Así mismo consta expedido Libro de familia serie (...) y en el mismo constan los siguientes hijos: Miguel Ángel y Felipe y Gabino.

- Por resolución de fecha 19-4-1999 se reconoció por el INSS a D.ª María Teresa pensión de viudedad por el fallecimiento de D. Miguel Ángel ocurrido en fecha 7-3-1999 con una prorrata del 50% del 45% de la base reguladora de 177.196 ptas. mensuales con efectos económicos de 8-3-1999.
- Por resolución de 3-5-1999 por el INSS se reconoció a D.ª Julieta pensión de viudedad por el fallecimiento de Miguel Ángel ocurrido en fecha 7-3-1999 en el 50% de la prorrata restante con la misma base reguladora de 177.196 ptas. mensuales y mismos efectos económicos de 8-3-1999.
- D.ª María Teresa interpuso reclamación previa contra la resolución de 19-4-1999 por no estar de acuerdo con la concesión de pensión de viudedad compartida al 50% con D.ª Julieta. Dicha reclamación previa fue expresamente desestimada por resolución de fecha 8-7-1999 registro salida de 13-7-1999.
- En fecha 3-6-1999 Por el Secretario general del Ajuntament de Mataró se expidió certificación en la que señalaba: "Així mateix certifico que examinat el Padró Municipal d'habitants vigent, elaborat el 1 de maig de 1996, i les seves rectificaciones posteriores, el Senyor Miguel Ángel, María Teresa, Ismael, Tomás, Marco Antonio y Gabino. El 4 de febrer de 1999, es va empadronar el senyor Luis Ángel. El 7 de març de 1999 el senyor Miguel Ángel va quedar donat de baixa per defunció." En dicha certificación se hacia contar como último domicilio el de calle (...) en 4.ª de Mataró."
- Con fecha 27-9-1999 tuvo entrada en el Juzgado de lo Social n.º 6 de Barcelona demanda sobre Seguridad Social, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de Derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 10 de octubre de 2001 que contenía el siguiente Fallo: "Desestimo la demanda interpuesta por D.ª María Teresa contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Julieta, en reclamación por viudedad orfandad."
- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación que fue estimado por el TSJ de Cataluña, en el sentido de declarar el derecho de D.ª M.ª Teresa a percibir la totalidad de la pensión de viudedad.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda formulada en reclamación de la totalidad de la pensión de viudedad por D.ª María Teresa frente a la resolu-

ción del INSS que había repartido su cuantía al 50% entre ella y la segunda esposa del fallecido, nupcias contraídas ambas en Gambia sin haberse disuelto el anterior y conforme a la religión islámica; se formula el presente recurso de suplicación por los motivos que seguidamente se estudiarán.

Como motivo básico del recurso y bajo correcto amparo procesal en la letra c) del art. 191 de la LPL se formula el propio de la censura jurídica por supuesta infracción de lo dispuesto en el art. 46 del Código Civil, en relación con los arts. 12 y 73 del mismo cuerpo legal, así como art. 174.2 de la LGSS. La cuestión que se plantea a la Sala no es otra que determinar la eficacia de la institución islámica de la poligamia y de si tal figura puede ser aplicada y tener sus efectos en el ordenamiento español, o por el contrario atenta contra el orden público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar.

El modelo de familia que conforma la Constitución, por otra parte de igual conceptuación que nuestro entorno cultural europeo y de raíz cristiana, determina la existencia de esta institución como monógama, y puede afirmarse que ningún país de la Unión Europea admite la celebración de un matrimonio polígamo al amparo de los respectivos ordenamientos civiles, ya sea celebrado entre nacionales, o nacionales y extranjeros o de extranjeros entre sí.

Nuestro ordenamiento jurídico prohíbe contraer matrimonio a quienes estén ligados con vínculo matrimonial, así se evidencia de lo dispuesto en el art. 46.2 del Código Civil, determinándose como sanción a la violación de este precepto la nulidad de la institución, así art. 73.2 del mismo cuerpo legal.

Que el *ius connubis* está considerado como un derecho de la persona en cuanto tal y consiguientemente tiene la calificación de derecho fundamental recogido en el art. 32 de la Constitución, aunque ciertamente no es un derecho absoluto, pues el propio precepto remite a la ley que lo regule, en este caso el Código Civil, que establece una serie de exigencias mínimas.

Los requisitos que establecen los arts. 42, 46 y 73 del CC conforman un conjunto de principios y valores derivados de la CE y de los Convenios de Derechos Humanos ratificados por España que deben ser respetados para que puedan reconocérseles efectos civiles a los matrimonios celebrados en forma religiosa, entre ellos debe mencionarse el de que los contrayentes no deban estar sujetos al impedimento de ligamen en los términos señalados en el art. 44 del CC.

Ad exemplum y respecto del matrimonio islámico, aunque ciertamente celebrado en España, no puede dejarse de citar el Acuerdo de Cooperación de 20-2-1992 entre el Gobierno Español y la Comisión Islámica de España que supone en la práctica la aplicación del Derecho musulmán para regular la forma coránica de la celebración del matrimonio y que en todo lo no regulado por dicho ordenamiento se aplica la legislación civil española, pero si tales normas fueren contrarias a la CE o a las leyes de desarrollo no serían de aplicación, pues el acuerdo de 1992 se establece el respecto de las exigencias mínimas ya mencionadas.

Dicho acuerdo distingue perfectamente entre la conciencia del creyente en la fe musulmana que le obliga a cumplir con las previsiones de su religión y su condición de ciudadano del Estado, que le obliga al cumplimiento de determinados requisitos civiles, no pudiendo ni debiendo eludirse el cumplimiento del segundo por el cumplimiento del primero, por lo tanto habrá de entenderse que no podrá celebrarse válidamente el matrimonio si los contrayentes están sujetos al impedimento del ligamen anterior, rechazándose pues la poligamia, por atentar a un elemento substancial que no puede sino calificarse de orden público, al derivarse directamente de la Constitución y de los Convenios de Derechos Humanos, tal como se ha sentado antecedentemente.

En el mismo sentido debe señalarse que la proscripción de la poligamia en nuestro ordenamiento jurídico es tal que se contempla como delito en el art. 217 del Código Penal.

Pasando al estudio de la situación del caso de autos, en los que la celebración de los matrimonios no se realizó en España, sino en Gambia, es preciso señalar que la regulación del matrimonio se regula por la *lex* personal, y en sentido estricto si en tal país es válida la poligamia debería también reconocerse la eficacia de tal situación por aplicación de las normas de Derecho internacional privado, pero en el presente supuesto tal figura choca frontalmente con el dictado del art. 12.3 del Código Civil que establece *ad litteram* que "En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público", siguiendo el citado dictado la idea admitida comúnmente en el Derecho privado, de que el derecho extranjero que resultaría aplicable en virtud de las reglas generales de colisión no puede, por excepción, aplicarse cuando ello fuere atentatorio al orden público de un país.

Que en cuanto a la conceptuación del orden público en la materia relativa al Derecho internacional, puede afirmarse que es aquel que afecta a ciudadanos y extranjeros, abarcando aquellas leyes que, siendo comunes a los pueblos de una determinada cultura moral, no permiten que pueda establecerse sin grave perturbación del orden interior, una regulación distinta, ni siquiera en orden a los extranjeros.

Que tal manifestación del principio del orden público se evidencia en el Código Civil, no sólo en el precepto antes citado, sino también en el art. 8.1.

Que la proscripción de la poligamia y de sus efectos como supuesto de orden público se evidencia en nuestra legislación en varios aspectos, el primero de ellos, el ya comentado de ser considerado como delito, el segundo puede evidenciarse de la regulación que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, y desarrollo reglamentario posterior y respecto de la reagrupación familiar establece en su art. 16.2 que los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagruparse con ellos a determinados familiares, señalando su art. 17 en su número uno, que tal derecho al reagrupamiento lo tiene su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de Derecho.

Que en cuanto al cónyuge y más concretamente al número de cónyuges, el precepto precisa *ad pedem litterae* que en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial", evidenciándose pues en este ámbito legislativo nacional, el principio general recogido en el art. 3.2 de la LO 4/2000 y consiguientemente la aplicación de la excepción del orden público del art. 12.3 del CC.

Que igualmente se recoge tal principio de orden público como excepción a dar validez en España a al poligamia, las diversas y constantes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que vienen negando sistemáticamente la celebración del segundo matrimonio sin previamente haberse disuelto el primero, así es de ver *ad exemplum* en la resolución de 11-5-1994, en la que se señala que aunque el contrayente marroquí de acuerdo con su peculiar estatuto personal sea libre para contraer otro matrimonio subsistiendo el primero, esta norma extranjera en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida en virtud de la excepción de Orden Público internacional (art. 12.3 CC).

Que en el mismo sentido pueden señalarse las resoluciones de 27-10-1992, 3-12-1996 y 20-2-1997, considerando esta última que el interesado cuando tenía la nacionalidad anterior marroquí y cuando era ya casado volvió a contraer matrimonio con una marroquí divorciada. Aunque este segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio haya de aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la Ley extranjera aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional ... que no puede admitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría

contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer.

Que todo lo antecedente conlleva a entender que a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto *quod nullum est ab initio, nullum efectum producet,* y por ello no cree la Sala posible convalidar el criterio contenido en la resolución del INSS del reparto del 50% a cada una de las dos mujeres.

A los efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio y por lo tanto debe estimarse el recurso de suplicación formulado.

Que por otra parte puede igualmente señalarse que, aun en el supuesto, que no ha sido objetivado en el relato fáctico, de que la codemandada persona física hubiera convivido con el fallecido, al no ser válido el matrimonio por mor de la excepción de orden público internacional, la relación debería calificarse como *de facto,* cuestión esta estudiada por esta Sala en las sentencias recaídas en los rollos 2075/1997, 253/1998, 7325/1998, 2748/1999, 4858/1999, 6375/1999, 1082/2000, 3762/2000, 5909/2000, 8574/2000 y 9276/2000 desestimatoria de las pretensiones de conceder pensión de viudedad en los supuestos de uniones estables de pareja.

Que la Sala respecto de esta problemática viene señalando con respecto de tal controvertida cuestión, que para poder ser titular del derecho a la pensión de viudedad se requiere que el beneficiario de la misma hubiera contraído válido matrimonio con el causante, como ha venido señalando el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 18-12-1985, 19-2-1986, 22-12-1988 y 15-11-1990, sobre cuestión de inconstitucionalidad, no bastando la convivencia *more uxorio* pues para el Tribunal Constitucional el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, y la Constitución no reconoce el derecho a formar una unión de hecho que sea merecedora del mismo tratamiento en materia de pensiones de la Seguridad Social que el dispensado a quienes contraigan matrimonio, así SSTC de 15-11-1990, 14-2-1991, 11-4-1991, 28-2-1994 y 18-2-1998, y en el mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 29-6-1992 y 10-11-1993, lo que pone de manifiesto la necesidad insoslayable, de previa existencia del vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad, regulada en el art. 174.1 de la LGSS.

Que la Sala al sustentar tal criterio no desconoce las resoluciones dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fechas 13-7-1998 y 2-4-2002 en las que partiendo de la proscripción de dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico y aceptando la existencia de la excepción de orden público, entienden que sí cabe reconocerle efectos jurídicos a ambos vínculos conyugales.

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada, Ilma. Sra. D.ª Rosa M.ª Virolés Piñol:

Entiende la que suscribe que el Voto mayoritario, parte de un error cual es el de entender que "la cuestión que se plantea a la Sala no es otra que determinar la eficacia de la institución islámica de la poligamia y de si tal figura puede ser aplicada y tener sus efectos en el ordenamiento español, o por el contrario atenta contra el orden público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar".

Aceptando el modelo de familia que conforma la Constitución Española, que minuciosamente examina la sentencia; así como que nuestro ordenamiento jurídico, prohíbe contraer matrimonio a quienes estén ligados con vínculo matrimonial, según se evidencia de lo dispuesto en el art. 46.2 del Código Civil, determinándose como sanción a la violación de este precepto la nulidad de la institución, así art. 73.2 del mismo cuerpo legal; la cuestión litigiosa entiendo que se limita a determinar si la demandante tiene o no derecho al percibo de la pensión de viudedad ya reconocida, en cuantía del 100% del 45% de su base reguladora, o subsidiariamente distribuida entre las viudas del causante en proporción a la concurrencia de los dos matrimonios, según postula en el escrito de demanda.

Refiere la Sala, con cita del Acuerdo de Cooperación de 20-2-1992 entre el Gobierno Español y la Comisión Islámica de España que éste "supone en la práctica la aplicación del Derecho musulmán para regular la forma coránica de la celebración del matrimonio y que en todo lo no regulado por dicho ordenamiento se aplica la legislación civil española, pero si tales normas fueren contrarias a la CE o a las leyes de desarrollo no serían de aplicación, pues el acuerdo de 1992 se establece el respeto de las exigencias mínimas ya mencionadas", y sigue señalando que "dicho acuerdo distingue perfectamente entre la conciencia del creyente en la fe musulmana que le obliga a cumplir con las previsiones de su religión y su condición de ciudadano del Estado, que le obliga al cumplimiento de determinados requisitos civiles, no pudiendo ni debiendo eludirse el cumplimiento del segundo por el cumplimiento del primero, por lo tanto habrá de entenderse que no podrá celebrarse validamente el matrimonio si los contrayentes están sujetos al impedimento del ligamen anterior, rechazándose pues la poligamia, por atentar a un elemento substancial que no puede sino calificarse de orden público, al derivarse directamente de la Constitución y de los Convenios de Derechos Humanos (...) en el mismo sentido debe señalarse que la proscripción de la poligamia en nuestro ordenamiento jurídico es tal que se contempla como delito en el art. 217 del Código Penal"; y analizando el supuesto enjuiciado, concluye la sentencia señalando que, a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo, por lo que no se estima posible convalidar el criterio contenido en la resolución del INSS del reparto del 50% a cada una de las dos mujeres, y que al no ser válido el segundo matrimonio, por mor de la excepción de orden público internacional, la relación debería calificarse como *de facto,* desestimatoria de las pretensiones de conceder pensión de viudedad en los supuestos de uniones estables de pareja; problemática respecto a la que la Sala ha venido señalando, que para poder ser titular del derecho a la pensión de viudedad se requiere que el beneficiario de la misma hubiera contraído válido matrimonio con el causante, como ha venido reiterando el Tribunal Constitucional al entender que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes.

Entiende la que suscribe, que, sin perjuicio de la incompetencia del Orden jurisdiccional social por razón de la materia, la sentencia es incongruente al pronunciarse sobre la nulidad del segundo matrimonio.

Resolviendo el recurso de suplicación, como señala el TSJ de Galicia, resolviendo supuesto similar al aquí enjuiciado, en sentencia de 2 de abril de 2002: "(...) el causante había contraído matrimonio con las demandantes al amparo de la legislación de su país, Senegal, simultaneando los vínculos, consecuencia del régimen matrimonial poligámico instaurado en dicho país. Posibilidad esta proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, que incluso contempla el supuesto de la poligamia como delito (art. 217 del C. Penal).

Lo cierto es que los vínculos matrimoniales del causante con las actoras fueron legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración. El Código Civil en el art. 49.2 contiene la norma básica del sistema de reconocimiento de los matrimonios extranjeros, junto con el art. 50. Sin embargo, no hay tratamiento expreso del matrimonio celebrado entre extranjeros ante autoridades extranjeras fuera del territorio español; laguna a integrar aplicando analógicamente lo dispuesto en el art. 49.2 del C. Civil (o en el art. 50 del mismo Código) de forma que tal matrimonio puede ser reconocido a los efectos del Derecho español si ha sido contraído conforme al ordenamiento donde ocurrió su celebración; vía por la que cabe reconocer los matrimonios celebrados por extranjeros y en un Estado extranjero que sean válidos según la ley personal de los contrayentes extranjeros. Con el contexto de los arts. 49 y 50 C. Civil, es dable reconocer los matrimonios celebrados conforme a leyes extranjeras si

fueron contraídos de conformidad con el ordenamiento del lugar donde fueron celebrados; reconocerlos si fueron celebrados conforme al Derecho extranjero en vigor.

Desde lo anterior, a pesar de la proscripción en nuestro país de la bigamia y de la excepción de orden público (el art. 12.3 del C. Civil dispone que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera "cuando resulte contraria al orden público"), sin perjuicio de la incompatibilidad que del sistema matrimonial extranjero con el propio se manifiesta y que, por supuesto, se afirma y subsiste, sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos que del vínculo matrimonial contraído conforme a aquél por el causante con las actoras se derivan en nuestro país en el contexto prestacional de SS de que aquí se trata; es decir, que procede reconocer a las demandantes la pensión correspondiente como efecto derivado del matrimonio que contrajo el causante con cada una de ellas conforme a su legislación nacional. Como así lo ha reconocido la sentencia de instancia, sin que el Instituto Nacional de la Seguridad Social formulase en su recurso impugnación en tal sentido. Y ello guarda armonía con el hecho de que el concepto de orden público, si bien constituido por normas de derecho interno de aplicación necesaria cualquiera que sean los elementos extranjeros concurrentes, en todo caso, habiendo de implicar que la ley extranjera entra en contradicción manifiesta con los principios jurídicos fundamentales propios, admite matizaciones o flexibilizaciones; ya la STS de 22-11-1977 dijo que la excepción de orden público no es regla absolutamente rígida sino que admite "inflexiones".

No cabe, sin embargo, la pretensión de las demandantes de que les sea reconocida a cada una viudedad *in integrum.* La legalidad de los matrimonios del causante en su país de origen, si bien tiene en el ámbito que aquí opera la aptitud jurídica que se dejó dicha no la tiene en orden a provocar la causación de pensión de viudedad integra autónoma para cada viuda sino, entrando también en juego en este aspecto (como limitador o delimitados) el orden público, estrictamente la de nuestro sistema de SS en cuanto que reconoce viudedad al cónyuge supérstite causándose una pensión de viudedad o única prestación del 45% de la base reguladora correspondiente (art. 174 LGSS, art. 8 de la O. de 13-2-1967....). No prevista ni considerada legalmente viable la causación de una pensión de viudedad íntegra propia para cada cónyuge supérstite, la consecuencia procedente es la distribución entre éstos de la pensión de viudedad única causada.

En este punto, la sentencia de instancia dice que la "totalidad de la misma habrá de repartirse entre ambas viudas, sin que pueda ser aplicable lo que al efecto señala el núm. 2 del art. 174 de la LGSS porque el supuesto es distinto" (fundamento jurídico 3).

No habiendo previsión al efecto, pues en el caso los dos vínculos conyugales estaban vigentes al tiempo de causarse la pensión de que se trata, sería factible la aplicación analógica —art. 4.1 del C. Civil de las previsiones del art. 174.2 LGSS y jurisprudencia al efecto SSTS de 10-11-1999, 26-9 y 17-7-2000...), para cuando ha mediado una separación judicial o un divorcio del causante respecto del primer cónyuge, entendiendo que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante; tanto más cuanto que en el caso presente aparece contraído el matrimonio con D.ª Inmaculada en 1981 y con D.ª Filomena en 1974. El juzgador de instancia adopta, como ya se dijo, el criterio de distribución de la pensión a partes iguales, por mitad entre ambas esposas, que en todo caso ha de ser mantenido, puesto que referido criterio y consiguiente pronunciamiento no ha sido objeto de oportuna impugnación en Suplicación; ni por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en el recurso interpuesto; ni, especialmente, por las demandantes en el suyo, que se limita a interesar la revocación de la sentencia de instancia "exclusivamente" para que se les reconozca "a cada una de las de-

mandantes, y como pensión de viudedad, el 45% de la base reguladora del causante ...".

Solución que entiendo debió de aplicarse al supuesto enjuiciado, si bien con matices, teniendo en cuenta que:

a) El causante Miguel Ángel había contraído matrimonio con María Teresa en la república de Gambia el 26-3-1980. De dicho matrimonio constan los siguientes hijos: Tomás, Marco Antonio y Gabino.

b) El causante contrajo matrimonio asimismo con Julieta en la república de Gambia el 15-8-1993. De dicho matrimonio constan los siguientes hijos: Miguel Ángel y Rafael.

c) D. Miguel Ángel falleció el 7 de marzo de 1999.

d) Ambos matrimonios quedaron registrados conforme a la ordenanza mahometana de matrimonios y divorcios, 1941 —impreso A— por el Tribunal Islámico de Banjul.

e) En relación a ambos se expidió a nombre del causante en los dos casos y de D.ª María Teresa en un caso y de D.ª Julieta en otro el correspondiente Libro de Familia.

Ciertamente, los vínculos matrimoniales del causante con las actoras fueron legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración. Por ello, interpretando los arts. 49 y 50 del Código Civil, dichos matrimonios, pueden ser reconocidos a los efectos del Derecho español si han sido contraídos conforme al ordenamiento donde ocurrió su celebración, como sucede en el supuesto enjuiciado; vía por la que cabe reconocer los matrimonios celebrados por extranjeros y en un Estado extranjero que sean válidos según la ley personal de los contrayentes extranjeros; sin que ello esté en contradicción con el Acuerdo citado de fecha 20-2-1992.

No cabe, la pretensión de la demandante de que le sea reconocida la pensión de viudedad *in integrum.* La legalidad de los matrimonios del causante en su país de origen, si bien tiene en el ámbito que aquí opera la aptitud jurídica que se dejó dicha no la tiene en orden a provocar la causación de pensión de viudedad integra autónoma para cada viuda, por cuanto nuestro sistema de SS reconoce viudedad al cónyuge supérstite causándose una pensión de viudedad o única prestación del 45% de la base reguladora correspondiente (art. 174 de la LGSS, art. 8 de la O. de 13-2-1967 ...).

No estando prevista ni considerada legalmente viable la causación de una pensión de viudedad íntegra propia para cada cónyuge supérstite, la consecuencia procedente, en una interpretación flexible de la norma, podría ser como se postula subsidiariamente, la distribución entre éstas de la pensión de viudedad única causada, que habrá de repartirse entre ambas viudas, si bien no por mitades como resuelve la Resolución administrativa, sino en proporción a la concurrencia de ambos matrimonios, al no haber previsión al efecto, pues en el caso los dos vínculos conyugales estaban vigentes al tiempo de causarse la pensión de que se trata, siendo factible la aplicación analógica —art. 4.1 del C. Civil de las previsiones del art. 174.2 LGSS y jurisprudencia antes referida—, para cuando ha mediado una separación judicial o un divorcio del causante respecto del primer cónyuge, entendiendo que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante; tanto más cuanto que en el caso presente aparece contraído el matrimonio con D.ª María Teresa el 26-3-1980, y con D.ª Julieta el 15-8-1993, de lo que resulta el 71% del 45% de la base reguladora de 177.196— pesetas mensuales para aquélla, y el 29% del 45% de la misma base reguladora para ésta.

La solución de la litis, partiendo de todo ello, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, puede parecer que choca con la proscripción en nuestro país de la bigamia y de la excepción de orden público (el art. 12.3 del Código Civil dispone que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera "cuando resulte contraria al orden público"), así como que, no obstante ello, la falta de re-

gulación que nos lleva a la aplicación analógica, hace que obviando aquellas circunstancias de choque, las beneficiarias reciban un trato más favorable respecto a situaciones diversas internas a las que aún les es negado el derecho a la pensión de viudedad (p. ej. a las convivientes de hecho), sin acudir a la aplicación analógica.

Subsidiariamente, si se pretende evitar aquel trato más favorable antes referido, la solución ha de pasar por la interpretación rígida de la norma, si bien con la consecuencia de que la pensión de la recurrente en modo alguno puede superar el porcentaje que le hubiera correspondido de aplicarle la repetida analogía; negando el derecho a pensión a D.ª Julieta.

Las expuestas, son las razones por las que la que suscribe se aparta del voto mayoritario.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *Se desestima la acción de nulidad matrimonial solicitada con base en la falta de consentimiento al no acreditarse que la única finalidad fuera permitir que la esposa adquiriera la nacionalidad española, no habiéndose acreditado por otro lado la falta de noviazgo ni de convivencia.*

AP ALMERÍA, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de enero de 2004. Ponente: Ilma. S.ª D.ª Soledad Jiménez de Cisneros Cid.

Frente a la sentencia que declaraba nulo el matrimonio de la demandada y el fallecido Roberto por tratarse de mera conveniencia o complacencia, recurre la contrayente solicitando la revocación de dicho pronunciamiento por considerar que existió verdadero consentimiento y voluntad para contraer matrimonio según se desprende de los actos anteriores coetáneos y posteriores.

Para la adecuada resolución del presente recurso ha de señalarse en primer lugar, que esta Sala comparte los criterios doctrinales interpretativos del art. 73.1.º del C. Civil que se contienen en la resolución recurrida en concreto en el fundamento primero, conforme a cuyo precepto será nulo el matrimonio contraído sin consentimiento, supuesto que realmente genera la inexistencia de matrimonio y al que es equiparable el celebrado concurriendo una simulación en el acto o negocio matrimonial impugnado; habiendo de acudirse para constatar aquella ausencia de consentimiento, dado que en las hipótesis de simulación es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, a la prueba de presunciones para cuyo éxito es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253 C. Civil), tal como tiene declarado la Resolución de la Dirección general de los registros y del Nota-

riado matrimonios de complacencia, en los que no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial; siendo aquel criterio en orden a la demostración de la simulación coincidente con el sostenido con reiteración por la jurisprudencia a propósito de la simulación contractual, que habrá de ser constatada de ordinario, de no mediar otras pruebas, acudiendo a indicios o presunciones para alcanzar la certeza moral de la inexistencia del contrato impugnado, siempre que tales indicios y presunciones resulten de toda evidencia y estén en desacuerdo con las pautas de un prudente criterios, ya que en otro caso debe prevalecer la voluntad declarada.

Un nuevo análisis de los elementos probatorios obrantes en autos conduce a esta Sala a distinta conclusión de la alcanzada por el juzgador de instancia, pues lo que realmente se deduce de lo actuado es la existencia de un matrimonio válido entre los contrayentes y ello porque los dos presupuestos de los que deduce la demandante la simulación del consentimiento a saber ausencia de noviazgo y la falta de convivencia de ambos no ha sido acreditado con la fehaciencia debida y sin dejar lugar a dudas.

El punto de partida que se toma es la prueba, y, al margen de lo dicho, lo que se denominan indicios o bien no resultan unívocos en cuanto a su significado o bien directamente no se estima que puedan ser significativos de la reserva mental, ni expresivos, tampoco, de una conducta dolosa de la demandada preordenada de forma exclusiva a obtener las "ventajas" de la situación matrimonial frente a la motivación del actor, que iría dirigida, según se alega, por la intención de obtener permiso de residencia en España ni constitutiva de una maquinación engañosa.

En efecto, frente a la negativa de dicho noviazgo la testigo Mercedes afirmó que mantuvieron una relación de meses desde que se conocieron en marzo de 1988 hasta que se casaron en noviembre del mismo año. Las declaraciones del fallecido esposo en expediente policial de extranjería aseverando estar en trámite de contraer matrimonio teniendo relación sentimental con Remedios recogidas en el informe del Comisario obrante al folio 176, y las fotografías aportadas como documental se constituyen junto con el expediente previo al matrimonio en elementos que impiden concluir en una ausencia de noviazgo como se asegura en la sentencia. Serias dudas se detectan igualmente en torno a la falta de convivencia pues no sólo la demandada afirma la misma si bien incurriendo en contradicciones en cuanto a fechas o a lugares, sino también la testigo Mercedes. Conocida de Remedios intervino como testigo en el enlace estando presente en la celebración del mismo según se desprende del reportaje fotográfico adjuntado, declaró que la pareja estuvo viviendo un tiempo en la casa de ella en concreto en unas habitaciones que les tenía alquiladas. Por el contrario los hermanos del fallecido al ser interrogados declararon que Roberto había vivido siempre con su madre constando según certificación del Ayuntamiento de Roquetas que siempre estuvo empadronado en este municipio si bien ello no significa sin más la residencia real en el mismo pues consta que a pesar de estar dado de alta en el padrón de Roquetas vivió durante algún tiempo en Bilbao. Ello se estima suficiente para entender que no hay prueba como se dijo que haga fehaciencia de los "hechos" que se aducen máxime cuando consta que en 1990 y según Cartilla de seguridad Social aportada, folio 230-231 aún tenían relación suficiente ambos cónyuges como para incluir a su esposa. Además, y en el segundo aspecto de la cuestión, esos hechos o indicios que se alegan habrían de ser examinados desde la perspectiva de la función que cumple la nulidad matrimonial, que implica que el matrimonio no se ha formado válidamente de origen aunque exista la apariencia de unión conyugal, lo que es radicalmente distinto del régimen de causas de divorcio —que presupone la validez del matri-

monio— o de separación —que tiende a una suspensión de determinados efectos—, pero que asimismo presupone su validez.

No procede en consecuencia declarar nulo el matrimonio por falta de consentimiento al no acreditarse que la única finalidad del mismo fuera permitir que la esposa, ciudadana extranjera, adquiera la nacionalidad española, nulidad concurrente en supuestos de falta total de consentimiento cuando es absolutamente inexistente la voluntad de constituir la comunidad de vida que es la esencia del matrimonio y perseguir otro fin ajeno a esta institución. No puede pese a lo expuesto dejar destacarse lo inusual de la relación marital establecida entre dos personas sin que las familias se conocieren máxime viviendo en Roquetas o que algunos de los hermanos del finado desconocieren que éste había contraído matrimonio. Resulta aún más sorprendente que fuera 5 meses después de su fallecimiento cuando la esposa se enteró personándose en el expediente Judicial seguido por la muerte de Roberto entrando en una cuestión afectante a la suspensión de efectos del matrimonio por posible separación de hecho que presupone la validez del mismo.

De ahí que la unión matrimonial sea lícita y no pueda sin más presumirse por esas peculiaridades apuntadas la inexistencia de consentimiento matrimonial determinante de nulidad.

Por todo ello, no puede esta Sala afirmar que no existiera en la demandada-apelante propósito de asumir los derechos y obligaciones que forman la esencia de la relación matrimonial, por lo que a nuestro juicio, y ante la duda, debe prevalecer la voluntad declarada por las partes, por lo que no procede la declaración de nulidad matrimonial interesada, el recurso será estimado, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta apelación (art. 394 de la LECiv).

2. *Desestimación de la demanda de divorcio al haberse reanudado, tras la separación, la convivencia de forma efectiva entre los cónyuges, tal y como se desprende del hecho del nacimiento de un nuevo hijo.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.

La actora en su escrito interpositorio del recurso contra sentencia desestimatoria de demanda de divorcio alega que la vuelta al domicilio y reanudación de convivencia desde septiembre de 2002 hasta febrero de 2003 con el marido fue motivada por la circunstancia de tener que cuidar a los hijos diabéticos, que no eran cuidados por el padre y, por tanto, entendía que concurrió la causa del art. 87 —párrafo primero— del Código Civil. Así, con apoyo en prueba testifical y documental pidió de la Sala revocar la sentencia del Juzgado, con declaración de la disolución del matrimonio y demás efectos de medidas solicitadas. El Ministerio Fiscal solicitó la confirmación de la sentencia apelada. Igualmente así lo solicitó también el demandado.

La peculiaridad del caso de autos reside en que una vez que la Señora Elisa obtuvo separación conyugal del Señor Narciso en el año 1994 (por mutuo acuerdo), reanudó no obstante la vida conyugal hasta el año 2002, en cuyo período de tiempo tuvo una hija, Evelyne (nacida el 18 de marzo de 2001).

Por motivo de episodios de violencia doméstica, la actora se separó y con sus hijos se fue a Centros de Acogida de Barcelona y Tarragona. Los hijos, sin embargo, volvieron con el padre. La Señora Elisa, igualmente se incorporó al domicilio familiar en septiembre de 2002, donde ha permanecido hasta febrero de 2003, siendo en abril de este año cuando ha presentado demanda de divorcio al amparo del art. 86.1 del Código Civil. Ha recaído Auto de medidas provisionales de 6 de junio de 2003, desestimatorio de las mismas, y finalmente sentencia de 16 de julio de 2003, desestimatoria de la petición de divorcio, por no quedar acreditado el cese real y efectivo de la convivencia durante un año desde la interposición de la demanda de separación. Contra tal pronunciamiento se alzó la actora con invocación del art. 87 del Código Civil, que a su entender, sustentaba la validez y eficacia de la acción de disolución del vínculo, pues la motivación subjetiva de la convivencia mantenida por la Señora Elisa, no ha sido otra que la de cuidar a sus hijos, que padecen diabetes, y necesitan alimentación y cuidados especiales que el padre no les ha proporcionado.

Sin poder entrar en otras cuestiones derivadas de relaciones de convivencia, ni a valorar resoluciones judiciales acordadas en Diligencias Penales (Auto de 9 de mayo de 2003 del Juzgado n.º 6 de los de Granollers que prorroga las medidas cautelares de 17 de febrero, acordadas respecto a la Señora Elisa y su hijo Álvaro de 16 años), es lo cierto que el tema planteado en el presente recurso viene referido en términos jurídicos a saber si existe o no la causa invocada del divorcio. La sentencia apelada no aprecia que concurra el requisito básico del art. 86.1 del Código Civil, es decir, el cese efectivo de convivencia ininterrumpida durante un año, al menos, desde la interposición de la demanda de separación (formulada por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro) cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. El Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia apelada, en base al resultado conjunto de la prueba practicada, aprecia que en todo el lapso de tiempo transcurrido desde la separación de mutuo acuerdo llevada a cabo en Sentencia de 2 de mayo de 1994 hasta la presentación de la demanda de divorcio, en 9 de abril de 2003, no ha habido período de cese de convivencia ininterrumpida por plazo al menos de un año. Así lo aprecia también la Sala, toda vez que por la propia demanda y por declaración de las partes queda acreditado que hubo reanudación de convivencia de la vida conyugal. El primer período de convivencia se reanuda después de 2 de mayo de 1994 y llega hasta el mes de enero de 2002 (ocho años). En ese período nace la hija Evelyn en 18 de marzo de 2001, lo cual es una prueba indubitada de reanudación plena del matrimonio como comunidad de vida afectiva. El segundo período se inicia cuando después de una estancia en Casa de Acogida en Barcelona y Tarragona la Señora Elisa vuelve con el Señor Narciso y sus hijos en septiembre de 2002 y se prolonga hasta febrero de 2003. No ha pasado más que un mes cuando la Señora Elisa interpone acción de disolución de divorcio, al amparo del art. 86.1.º del Código Civil. La demanda que presenta la Señora Elisa desconoce toda la realidad histórica expresada, y hace un cómputo de cese de convivencia que no se corresponde a lo sucedido, pues marca el día inicial en la fecha de la sentencia de separación, omite que durante esos nueve años hubo reconciliaciones y reanudación de convivencia plena y efectiva.

Si bien el elemento cronológico del cese de convivencia efectiva durante un año puede ser irrelevante en casos excepcionales contemplado en el art. 87 del Código Civil (entre los que cabe la convivencia por razón del superior interés de los hijos), de manera que esta situación resulta compatible con el mantenimiento o reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, es lo cierto que por la excepcionalidad de tal situación exige que así se acredite por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, no bastando la simple alegación subjetiva de la

parte, sobre todo cuando los hechos acreditan por sí mismos una situación diferente, de comunidad de vida, cual se desprende del nacimiento de la hija Evelyn en marzo de 2001. Por tanto hay que concluir con el Juzgador de Instancia que no concurren ni la causa del art. 86.1 del Código Civil, ni tampoco la excepción del art. 87, por los acertados razonamientos contenidos en el Fundamento de Derecho Segundo. Y como el Fundamento de Derecho Tercero razona que no han quedado sin la debida protección y defensa, los intereses de los hijos, a través de medidas cautelares previstas en el art. 134 del Código de Familia y 158 del Código Civil, la conclusión no puede ser otra que la confirmación de la sentencia, en consonancia también con el informe del Ministerio Fiscal.

Las dudas en los períodos de convivencia y de cese hacen que no se impongan costas de la alzada a ninguna de las partes en aplicación de lo dispuesto en los arts. 398 y 394 de la Ley Adjetiva 1/2000, de 7 de enero.

II. GUARDA Y CUSTODIA

1. *Mantenimiento de la guarda y custodia a favor de la madre aun cuando ésta se haya trasladado a residir a París, ya que dada la edad del menor —7 años— prima más la estabilidad intrafamiliar que la social, siendo fácilmente asumibles por éste los cambios al no haberse consolidado todavía las relaciones sociales.*

AP BURGOS, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de enero de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª D. Arabela García Espina.

Formula recurso de apelación la parte actora contra la sentencia que desestima su demanda de modificación de medidas definitivas, en la que sobre la base de la concurrencia de una variación sustancial de las circunstancias que motivaron su adopción, consistente en el traslado a Francia de la madre a quien se había otorgado la guarda y custodia del menor, solicitaba se otorgara la guardia y custodia al padre, y además la sustitución del régimen de visitas y estancias del cónyuge no custodio con el menor, por entender que con el traslado de la madre a Francia el régimen acordado en la Sentencia de Divorcio nunca podría llevarse a efecto.

La sentencia recurrida no obstante considerar acreditado el traslado de la residencia de la madre a París y por tanto el cambio de circunstancias, entiende que lo más beneficioso para el menor es mantener la atribución de la guarda y custodia a la madre; sin pronunciarse sobre la modificación del régimen de visitas también solicitado.

Fundaba el padre del menor la solicitud de modificación de la guarda y custodia, en la excepcional relación de Ángel Daniel con su padre, en la perfecta capacitación de éste para asumir la custodia del menor en condiciones de absoluta igualdad con la madre; en la pérdida de arraigo familiar y personal que supondría para Ángel Daniel el traslado de su residencia al extranjero, la inestabilidad que generaría en el niño el cambio de entorno, por cambio de idioma, cultura,

amigos, considerando en definitiva que es más beneficioso para el menor permanecer en Burgos con el padre en la que fue la residencia conyugal y la vivienda del menor durante su primer año de vida en Villagonzalo Pedernales.

No es cuestión controvertida la buena relación que el menor tiene con su padre, al igual que con su madre, ni la capacitación de ambos para la guarda y custodia del menor, lo que, además, así expresamente se indica en el informe sico-social emitido por el equipo técnico adscrito a los Juzgados, en el que se indica que "el menor mantiene una relación e interacción con sus padres adecuada, compartiendo cariño y confianza con ambos".

Estando en un procedimiento de modificación de medidas, no se trata de a cuál de los dos progenitores debe atribuirse la guarda y custodia, sino si como consecuencia del cambio sustancial de circunstancias, que supone el traslado de residencia de la madre, que tiene atribuida la guarda y custodia, de Burgos a Francia, resulta más beneficioso para el menor que pase a residir con su padre, que vive en Villagonzalo Pedernales, a 5 Km. de Burgos.

Si tenemos en cuenta, que según el informe sico-social emitido por el equipo sico-social de los Juzgados de Burgos, ratificado y aclarado en el acto de la vista, dada la edad del menor, de 7 años donde la estabilidad intrafamiliar prima sobre la social, ya que por el momento madurativo en el que el menor, por su edad, se encuentra, los cambios son fácilmente asumibles, dado que las relaciones sociales todavía no se han consolidado, teniendo en cuenta que de pasar a vivir con su padre "la estabilidad intrafamiliar" no estaría garantizada, al tener que iniciar una relación con la actual pareja de éste, dado que en estos momentos el contacto entre ellos es distante; que la madre ha buscado un colegio español para que el choque cultural sea el menor posible, y que además la abuela materna se trasladaría a París con la que mantiene el menor una relación especialmente buena, se ha de considerar el mantenimiento de la guarda y custodia, ya atribuida, a la madre, como lo más beneficioso para el menor no obstante el cambio de residencia de ésta y por lo tanto del menor de Burgos a París.

Es evidente que el traslado del menor a París con su madre imposibilita el cumplimiento del régimen de visitas establecido en la Sentencia de Divorcio a favor del padre, concretamente la comunicación con el padre de los jueves hasta las 20 horas, y así como el derecho a tenerlo en su compañía dos de cada tres fines de semana, por lo que debe procederse al establecimiento de un régimen de comunicación del menor con su padre, más acorde con las nuevas circunstancias; y considerándose que el derecho del menor a comunicarse con el progenitor no custodio, el padre, queda suficientemente satisfecho con el régimen que éste propone, y consistente en un fin de semana completo al mes, la mitad de los períodos vacacionales del menor de verano y Navidad, la mitad de los puentes escolares anuales del niño, entendiendo por tales la festividad unida al fin de semana correspondiente y el resto de las vacaciones escolares completas (Semana Santa, Semana Blanca o cualquier otra que no sean las indicadas anteriormente), procede el establecimiento del mismo, máxime cuando la oposición que expresa la madre, lo es sólo para el caso de que ella fuera el progenitor no custodio.

Teniendo en cuenta también que el traslado de residencia del menor a París, es por razones laborales de la madre, y que la madre ha negociado con la empresa la asunción por parte de ésta del coste de un viaje mensual a Burgos, procede igualmente a acceder a la pretensión del apelante de que el coste del desplazamiento, sólo del desplazamiento como expresamente se solicita por el apelante, en el sentido de no incluir los gastos de la estancia, se aclara en esta resolución del menor o del progenitor no custodio (París/Burgos, Burgos/París), para el cumplimiento del régimen de visitas que se establece, serán sufragados por mitad por ambos progenitores.

2. *No procede acordar la guarda y custodia compartida porque es conveniente que los hijos tengan una referencia con un domicilio que identifiquen como base de su actividad habitual y desarrollo integral como ayuda a la estabilidad emocional que necesitan. No obstante, el tema carece de transcendencia dado el amplio régimen de visitas que se ha fijado que* de facto *implica una custodia compartida.*

AP GIRONA, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de enero de 2004. Ponente: D. José Isidro Rey Huidobro.

Muestra esta parte en su recurso la disconformidad con la atribución que la Sentencia hace de la guarda y custodia a la madre de los hijos menores Maite y Donato, propugnando la guarda y custodia compartida por ambos progenitores.

Aunque el régimen de visitas establecido en la Sentencia de primera instancia es tan amplio que prácticamente viene a suponer que los hijos están un tiempo similar o equiparable con cada uno de los progenitores, no advierte este Tribunal motivos ni para modificar la Sentencia que atribuye la guarda y custodia a la madre, sin perjuicio del régimen de visitas acordado con la amplitud que la Sentencia establece, ni a una diferente distribución de los días festivos o de fiesta escolar, no contemplados específicamente en la distribución general de las visitas asignadas al padre.

El primer extremo de no calificar la guarda y custodia como compartida, por la escasa trascendencia de tal calificación, que no afecta al régimen de visitas establecido; porque al tratarse de un régimen de visitas sirve de parámetro a cada progenitor para conocer los derechos y los límites de cada respectiva guarda; y porque a pesar de la equivalencia, que no igualdad del tiempo que pasan con cada uno de los padres, es conveniente que a esta edad los hijos tengan una referencia con un domicilio que identifiquen como base de su actividad habitual y desarrollo integral, como ayuda a la estabilidad emocional que necesitan; y que de funcionar bien el sistema de guarda, en el futuro y cuando los menores dispongan de su propio criterio, podrán los progenitores con el concurso de aquéllos, postular el sistema de guarda que entre ellos consideren más adecuado a los intereses respectivos y al beneficio de los menores.

En cuanto al reparto de los días festivos no contemplados específicamente en el régimen de visitas, coincide este Tribunal exactamente con la apreciación del órgano *a quo,* en que constituiría un elemento distorsionador del reparto de los días que de forma genérica y acertada se realiza en la sentencia, por lo que ha de rechazarse tal petición, al igual que la de atribuir o calificar la guarda y custodia de compartida, suscribiendo la Sala los argumentos que la sentencia apelada desarrolla al respecto, desestimándose por ello el recurso de apelación de D. Íñigo.

Por su parte la demandada Sra. Guadalupe manifiesta su disconformidad con las medidas acordadas en relación con la guarda y custodia de los menores y con la cuantía de la pensión alimenticia asignada a los hijos, y alega error en la valoración de la prueba.

Respecto al régimen de visitas acordado, considera la Sala que al haberse mantenido ya un régimen amplio de fines de semana alternos, tardes de martes y jueves de 17.00 horas a 21.00 horas y mitad de vacaciones de Verano, Navidad y Semana Santa, el hecho de que la Sentencia de primera instancia

establezca que las tardes de martes y jueves e incluso las de los domingos que pasan con el padre, no sean devueltos los hijos menores al domicilio materno a las 21.00 horas, sino que serán llevados a la mañana siguiente por el padre al centro de enseñanza donde cursan sus estudios, no constituye un gran cambio con la situación precedente, razonándose que el desplazamiento de los menores de un domicilio (el paterno), al materno, a esas horas, constituye un engorro para los niños que en algunas ocasiones ya estarán dormidos y que el hecho de quedarse a pernoctar en el domicilio paterno, en el cual han pasado la tarde, incluso favorece la tendencia hacia una guarda compartida considerada favorablemente en el informe de especialistas aportado con la demanda, único que obra en autos.

Destaca el recurso las reticencias señaladas por ciertas sentencias, incluida alguna de este Tribunal, en relación a la guarda y custodia compartidas por los progenitores; pero esas sentencias hacen referencia a casos y circunstancias concretas, y los inconvenientes que en ellas se aprecian en relación a la guarda y custodia compartidas, no son extrapolables a todos los casos de manera indiscriminada.

De hecho, una guarda y custodia compartidas, dentro de una relación *civiliter* de los progenitores y con posibilidades materiales de mantenerla, sería ideal en interés de los menores, que continuarían en un ámbito de equilibrio entre los dos padres, sin acritudes ni reproches que repercutan en los hijos menores, cuyo desarrollo integral se vería afectado en menor medida que en los regímenes de guarda y custodia habituales, en que las discusiones y enfrentamientos paternos repercuten en los hijos, que advierten lo anormal de la situación familiar, interiorizándola, con reflejos patológicos en la convivencia, escolarización, afectividad... etc, que no se dan, o en inferior medida, cuando la relación, tras la crisis convivencial, es fluida, correcta, y hace posible una guarda compartida de los hijos menores entre ambos progenitores.

De lo expuesto ha de concluirse aceptando el criterio y la apreciación probatoria del órgano *a quo,* y ratificando la medida relativa a la guarda y custodia y régimen de visitas establecido, destacando no obstante que pese al relativo equilibrio del tiempo que pasan los hijos con cada uno de los padres, no se ha llegado a la guarda compartida, que exigiría una predisposición de los dos progenitores a asumirla, y que en el presente caso no se aprecia, sobre todo por parte de la madre.

Consecuentemente, no se advierte que el interés de los menores se vea defraudado o perjudicado por la guarda y régimen de visitas establecido en la sentencia apelada, y por eso se mantiene.

3. *Cambio de la guarda y custodia a favor de la madre al haberse acreditado que la misma ha superado el trastorno depresivo desencadenado por estrés familiar.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

El motivo segundo del recurso errónea interpretación de la fundamentación jurídica de la sentencia, de forma algo confusa impugna en primer lugar, el fundamento jurídico 2.º de la sentencia en los extremos concernientes a la custodia de la menor hija y régimen de visitas, discrepando de la escasa valoración que se le da a las pruebas de los Juzgados de Valencia, teniendo en cuenta que en los mismos y sobre todo en el del

Juzgado Instrucción 19 se acredite el hecho de la intervención médica por distintos psiquiátricos a la madre, la apreciación de depresiones bipolares constantes y la manifiesta, al menos aparente, incapacidad de la misma de forma unilateral para ejercer su adecuado sostenimiento de custodia de la menor y en igual sentido ello choca frontalmente con la posición del Juzgado de 1.ª Instancia 24 de Valencia, que atribuyó la custodia al padre, para considerar como clave de resolución, el impugnado informe del equipo psico-social, informe discutido por: ausencia de objetividad; ausencia de tecnicidad; ausencia de pruebas de fundamentación para llegar a las conclusiones a las que llegan; ausencia de análisis adecuado del padre y de su entorno; extralimitación de sus conclusiones al señalar que existen suficientes indicios fundados que avalan una alta probabilidad de que haya existido un maltrato psicológico, y en ocasiones físicos, del Sr. Ismael a la Sra. María Dolores; ausencia y extralimitación en sus conclusiones que impiden y restringen de forma radical y manifiestamente injusta la relación paterno-filial, y sin embargo en el suplico del recurso no pide expresamente que la custodia de la hija menor sino el establecimiento de un régimen de visitas y estancias acorde con la realidad y en garantía de las relaciones paterno-filiales con carácter normalizado y consistente en dos días a la semana durante un período de dos horas; fines de semana alternos y mitad de vacaciones de semana santa, Navidad y verano.

Con carácter previo y dada la aportación en el acto de la vista del auto de sobreseimiento provisional de 3-2-2004 dictado por el Juzgado de Instrucción 19 de Valencia dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas por auto de 26-02-2002, en relación a los maltratos denunciados por la Sra. María Dolores contra su esposo, debemos destacar la irrelevancia de dicha resolución en los presentes autos, mostrando la Sala su total conformidad con el fundamento jurídico 1.º de la sentencia de instancia.

Analizando, en consecuencia, el motivo impugnatorio, resulta oportuno poner de relieve la siempre complejidad que revisten las cuestiones como las suscitadas que exige partir de los presupuestos y principialísticos axiológicos en los supuestos de crisis matrimonial. Con este sentido ha de acudirse al párrafo 2 del art. 92 del CC 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 el interés judicialmente protegible en que ésta era atribuida al progenitor con el que conviven habitualmente y cuya convivencia les permita un mejor desarrollo psico-afectivo, por un lado, y socio-escolar, por otro. Instrumentándose el régimen de visitas, como un mecanismo complementario para dicho desarrollo integral, mediante el mantenimiento de las relaciones afectivas que unen a los hijos menores con el progenitor con el que no conviven en el domicilio familiar.

De lo expuesto, cabe afirmar que dicho interés constituye el límite y punto de referencia último de ambas instituciones y de su propia operatividad y eficacia y aun cuando es cierto que no cabe confundir los términos, esto es, el interés de los menores no siempre tiene que coincidir con lo que éstos consideren que es mejor para ellos, también lo es que es al juzgador al que le corresponde, teniendo en cuenta todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones, determinar cuál es la mejor manera de satisfacer y proteger dicho interes.

En definitiva, a la hora de decidir a cuál de los progenitores debe atribuirse 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 sus padres se separan, pues como ya dijo la STS 9-3-1989, es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en materia de los hijos y la sociedad", pronunciándose en el mismo sentido las SSTS 5-10-78, 11-10-1991 y 12-2-1992, que, en definitiva, vienen a sentar la doctrina de que informada 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* (arts. 92, 103, 154, 159 del CC) los acuerdos sobre su cuidado y educación y además cuestiones que les afecten habrán de ser tomadas "siempre en beneficio de los hijos", como taxativamente expresa el mismo de los preceptos legales citados.

Principio este, igualmente reconocido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales 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 29-5-1987 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 de los niños".

Pues bien este interés de los niños que no debe ser medido, en el caso que nos ocupa, bajo parámetros de confort material, a nivel de derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico —Derecho francés, "son besoin de paix, de estabilité, de tranquilitè (...) c'est son equilibre psyquique qu'il faut mettre aupremier rang"— o al amplio concepto de bienestar aplicando el *Wellfare principle* anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se 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.

Ahora bien en el ámbito de los procesos familiares habrá de ser el Juez por imperativo legal, y en cuanto a los criterios a seguir, habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importantes, más aún lo son en esta esfera, hasta el punto de que toda causa matrimonial en la que existan hijos, deberá ir acompañado de tales informes, máxime, si se cuenta con profesionales adscritos primamentemente a este cometido, que pueden ser utilizados sin dificultades de ningún tipo) los que, amén de la voluntad de los menores cuando tengan capacidad para expresarla, los que ayudan al Juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a sus custodia, convirtiéndose, así, los informes periciales en un instrumento necesario de conformación del interés del menor.

A la vista de la anterior doctrina no hay ninguna razón objetiva ni subjetiva para discrepar del criterio de la juzgadora de instancia de atribuir la guarda y custodia de la menor a la madre.

En efecto es cierto que inicialmente dicha guarda y custodia por auto de 28-2-2003 en medidas previas Juzgado 1.ª instancia 24

Valencia pero dicha resolución se basó exclusivamente en los antecedentes psiquiátricos de la Sra. María Dolores y por el desconocimiento del actual estado mental de la misma a la espera del informe del Equipo psicotécnico de Córdoba, no constando acreditadas circunstancias que desaconsejaren dicha atribución al progenitor, pero ello no impide, que producido ya aquel informe, puedo dejarse sin efecto dicha medida por esta Audiencia, no pudiendo sostenerse que toda interpretación diferente efectuada por otro tribunal sea contraria a la igualdad y suponga incongruencia los cambios de criterio no sólo son posibles por la necesidad de corregir anteriores errores interpretativos, sino que pueden ser obligados en una sociedad en que la propia dinámica jurídica impone una constante adaptación a la interpretación de la norma, adecuada a las cambiantes circunstancias de la realidad social del tiempo en que han de aplicarse, siendo lo único obligado que en aquellos supuestos en que se produce una distinta interpretación, ésta tenga un fundamento en un cambio de criterio y si bien pueden existir elementos externos a la propia resolución que potencia la nueva valoración, ha de estimarse necesario, de acuerdo con el derecho a obtener resoluciones fundadas, se exponga en la propia resolución, razonada y justificadamente, el fundamento del cambio, de tal forma que sea objetivamente perceptible que se trata de un cambio consciente.

Con este planteamiento habrá que analizar si la decisión de atribuir la guarda y custodia de la menor a la madre aparece justificada, bien entendido que la cuestión a dilucidar no es tanto si el padre está capacitado para la guarda y custodia, capacitación que no hay inconveniente en asumir así como su natural deseo de tener consigo a su hija; sino si la madre está capacitada para aquella guarda.

La respuesta debe ser positiva. El informe del Equipo psicosocial adscrito al Juzgado de Primera Instancia n.º 3, en contra de lo afirmado por el recurrente, explícita la metodología segunda para la realización de dicho informe: análisis de los datos incluidos en Autos, entrevistas semidirigidas con el progenitor; entrevistas semiestructuradas con la progenitora, entrevistas semidirigidas al abuelo materno de la menor, entrevista semidirigida con uno de los hermanos y una tía de la progenitora; exploración psicológica de la menor Gloria; y observación de la interacción de la menor con sus progenitores y con los miembros de ambas familias extensas. Analiza cómo la Sra. María Dolores en enero 2001 comenzó un tratamiento con el doctor Evaristo por un trastorno depresivo desencadenado por estrés familiar, tras el parto de la 1.º y única hija, que con fecha 11-4-2002 dicho facultativo refiere que la paciente "mantiene una estabilidad emocional aceptable desde la separación conyugal final de febrero 2002, y que desde el 16-6-2002 acude la Sra. María Dolores al Equipo de Salud Mental de Córdoba y en el último informe emitido por los psiquiatras en abril 2003 puede constatarse que actualmente mejorada clínicamente, no presenta alteración que impida sus funciones maternales como cuidadora de su hija" y también hace constar que el padre acudió en los primeros momentos de ruptura matrimonial, al Doctor Juan Carlos, neurólogo y psiquiatra, quien informó que el Sr. Ismael "presenta un trastorno depresivo-ansioso reactivo a su situación familiar, y que requiere tratamiento psicoterapéutico y farmacológico, y finalmente en el apartado valoraciones y conclusiones hace constar: el elevado nivel de conflictividad entre ambos cónyuges que se hace extensible a sus respectivas familias extensas, que la menor se encuentra correctamente atendida en el actual entorno materno, con evolución positiva a nivel personal, familiar, social y de desarrollo estaturo-ponderal; que existe una fuerte vinculación afectiva con la familia materna, mientras que la intervención con la familia paterna destaca como característica principal en la menor una falta de respuesta emocional espontánea, y que los datos clínicos que obran en autos, así como por las entrevistas mantenidas por la Sra. María Dolores, se descarta

que ésta padezca algún trastorno psiquiátrico que le impide una adecuada atención y cuidado de su hija, careciendo de credibilidad las afirmaciones de intentar atentar contra la vida de la misma, para concluir que una vez valorada y analizada toda la información dicha, considera que la alternativa de guarda y custodia más favorable en interés de la menor es la de la progenitora.

Pues bien si en base a este informe la sentencia de instancia otorga la custodia de la hija a la madre, nada puede objetarse a tal conclusión. En efecto si la Juzgadora, "a quo" ha valorado dicha prueba, asimilable a la pericial, y ha aceptado sus conclusiones, sería de aplicación la doctrina jurisprudencial que parte de que dicha prueba debe ser apreciada por el juzgador según las reglas de la sana crítica, y como las indicadas reglas no están previstas en ninguna norma valorativa de prueba, equivale este reconocimiento, salvo casos extraordinarios, a declarar la libre valoración de este medio probatorio, no permitiéndose una impugnación abierta y libre de la actividad de la pericia, a menos que el proceso deductivo realizado choque de una manera evidente y manifiesta con el raciocinio humano, vulnerando la sana crítica u omitiendo un dato o concepto que figura en el dictamen, estableciendo con ello aspecto fáctico distintos de los que realmente se han querido llevar a los autos, SSTS 3-11-1987, 20-6-1989, 9-4-1990, 7-1-1991, cuyo criterio han reiterado sentencias posteriores, 30-11-1997, 7-3-1998, 11-4-1998, 5-10-1998 y 28-6-1999 que dicen... pues bien la valoración de la prueba pericial desde un punto de vista del recurso... es de libertad por el juzgador *a quo,* por lo tanto, en principio está privada del acceso casacional".

Ahora bien dicha norma, en el trámite de la apelación, no tiene carácter absoluto puesto que en casos de error en la valoración de dicha prueba pericial hay posibilidad de variar dicha valoración, esto mismo ocurrirá, como dice la STS 20-2-1992, cuando el juez *a quo* tergiverse ostensiblemente las conclusiones periciales o falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga conclusiones ilógicas o absurdas, SS 13-10-1994, 28-6-1999, lo que no sucede en el caso que analizamos en el que el recurrente se limita a impugnar el dictamen de los especialistas pero sin aportar dato alguno revelador en que la conclusión de la juzgadora en el sentido de que nada acredite que la madre padezca una incapacidad para ejercer la guarda y custodia, máxime cuando esta conclusión se basa no sólo en el informe del Equipo Psicosocial sino que también valora los informes de la Doctora Gema, de la doctora Doña María Inmaculada y del pediatra de la menor y en la inexistencia en las medidas previas tramitadas por el Juzgado n.º 24 de Valencia de informe alguno que califique a la actora como persona incapaz de atender a su hija.

En consecuencia la Sala considera que debe mantenerse la atribución de la guarda y custodia a la madre, así como el régimen de visitas acordado en el que se prevé expresamente esa progresiva ampliación que solicita el recurrente, ampliación que no es factible acordada por este tribunal ante la falta de los informes del equipo psicosocial, cuya emisión ha sido ya solicitada por el juzgado de instancia por providencia de 2-2-2004.

III. RÉGIMEN DE VISITAS

1. *Mantenimiento del régimen de visitas ya que la demostración de dos hechos puntuales son claramente insuficientes para concluir que el padre tenga dependencia al alcohol.*

AP CASTELLÓN, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de enero de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Cristina Doménech Garret.

Frente a la sentencia de instancia que, estimando la demanda, declara disuelto el matrimonio formado por los cónyuges litigantes, se alza la actora y recurre el pronunciamiento relativo al régimen de visitas de los hijos menores de dicho matrimonio establecido a favor del esposo demandado, y reproduce en la alzada su solicitud de supresión temporal del régimen de visitas de los hijos a favor del padre, y subsidiariamente el establecimiento de un tal régimen restringido a un fin de semana al mes y a una tercera parte de las vacaciones escolares. En apoyo de su recurso, argumenta en suma cuantos que en la instancia han quedado acreditados tanto la desatención del padre hacia sus hijos como la dependencia al alcohol de aquél.

Como es sabido el llamado derecho de visitas regulado en el artículo 94 del CC en relación con el artículo 160 del mismo legal, en realidad no es en sentido propio un derecho, sino una función, integrada por un complejo de derechos y deberes, cuyo adecuado cumplimiento tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos a fin de procurar su desarrollo y formación integral. Por otra parte, el ejercicio de esta función está subordinada al interés del menor, por ser el más valioso y necesitado de protección.

Es cierto que el artículo 94 del CC admite la posibilidad de limitar o suspender el derecho del progenitor a visitar al hijo que no tenga consigo en el caso de que incumpliera grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial o se diesen circunstancias que así lo aconsejen, pero, como ya ha sido dicho, el derecho de visitas no viene establecido exclusivamente a favor del progenitor sino también en beneficio de los hijos, al constituir —SAP de Castellón de 25-2-1993— la continuación o reanudación de la relación paterno-filial, evitando la ruptura, por falta de concurrencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos; y todo ello, conlleva que la limitación o suspensión del mismo deba verse con sentido restrictivo, justificándose sólo cuando exista un peligro concreto y real para la salud psíquica, física o moral del hijo, esto es, cuando exista un incumplimiento de la suficiente entidad para justificar una medida de tal transcendencia.

En el presente caso, revisadas las pruebas practicadas en la instancia, consideramos que no se ha acreditado la concurrencia de causas graves que, por redundar en perjuicio de los hijos, aconsejen la limitación del régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia, es decir, no ha quedado probado que su cumplimiento supondría un quebranto de cualquier índole para los menores, siendo en todo caso la figura paterna necesaria para el desarrollo integral de los mismos.

Así, y respecto de la alegada dependencia del alcohol del padre, tan sólo obra en autos, por una parte, testimonio de una sentencia que condena al mismo por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y por otra la manifestación del me-

nor Cristian al referir que después de una celebración, en la que su padre había bebido, condujo, y tuvo dos colisiones yendo los dos menores en el vehículo, sin que ninguno de los ocupantes sufriera daños personales, y pudiendo el vehículo seguir circulando. Pues bien, consideramos que la demostración de estos dos hechos puntuales son claramente insuficientes para concluir que el padre tenga dependencia del alcohol y que la misma pueda redundar en riesgo de perjuicio para los hijos. En este sentido, la referida sentencia condena por hechos que datan del año 1995, época en la que los cónyuges aún convivían —y ni siquiera había nacido la menor Silvia— y ni siquiera habían instado o iniciado trámites para la separación, por lo que habiéndose convenido por las partes en el posterior proceso de separación un amplísimo régimen de visitas a favor del padre —siquiera sea por motivos de horario laboral de la madre— sin que aquel hecho hubiera sido apreciado por la ahora apelante como posible riesgo para los hijos, no puede entenderse ahora que el mismo hecho integre en este momento un perjuicio para estos últimos. Del mismo modo, los percances referidos no demuestran sin más el padecimiento por el ahora apelado de una grave enfermedad, como lo es el alcoholismo, y menos aún permiten concluir el alcance de la misma y la incidencia que en la relación paterno filial pudiera tener; por el contrario, sólo permiten constatar la existencia de un hecho aislado absolutamente insuficiente para en base a él imponer a una medida tan drástica y excepcional como lo es la supresión siquiera temporal del régimen de visitas. Por otra parte, consideramos que la acreditación de la grave enfermedad alegada requiere en todo caso conocimientos especializados, y en el presente caso ninguna prueba de tal índole se ha practicado y ni siquiera propuesto. Por lo demás, consideramos que la prueba practicada en modo alguno acredita que el padre desatienda a sus hijos o haga dejación de sus funciones, pues no cabe equiparar la grave desatención que pudiera justificar la medida solicitada, con la educación permisiva que a aquéllos se les pueda dar.

2. *La fijación del régimen de visitas no puede dejarse al criterio de la Asociación de Mediación Familiar.*

AP LEÓN, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de enero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Amez Martínez.

A tenor de las alegaciones que D.ª Laura como apelante, y el Ministerio Fiscal y D. Carlos José como apelados, vienen a referir en sus respectivos escritos al efecto. Y habiendo procedido esta Sala, en la nueva valoración a llevarse a cabo en esta segunda instancia con plenitud de jurisdicción, a efectuar un nuevo análisis de las actuaciones procedimentales y pruebas practicadas en las mismas.

Tras su valoración en conjunto y de forma ponderada, se viene ahora a coincidir, aunque no totalmente, con el mismo criterio resolutivo al que llegó el Juez *a quo* en su sentencia respecto a las cuestiones ahora planteadas por la recurrente como fundamento de su recurso, y concretadas las mismas, en síntesis, a:

1.º) Que se ha venido a obviar y no valorar el informe pericial aportado por la actora, así como la voluntad de la menor de no ver a su padre manifestada en el acto de exploración de la menor. Y que a tenor de ello, y de la dificultad que implicaría obligar a la menor a contactar y estar con su padre, de-

bería decretarse la suspensión del régimen de visitas por ahora;

2.º) Que de los términos en los que se redacta el fallo de la sentencia en cuanto a la forma de concretarse y llevarse a cabo el régimen de visitas transitorio que establece, se viene a dejar su ejecución, únicamente, a favor del centro Aprome, y no del Juzgado. Adoleciendo dicho fallo de la sentencia de inconcreción (motivo que sí va a ser objeto de estimación); y

3.º) Que el pronunciamiento relativo a las costas procesales (de no hacer especial pronunciamiento al respecto), ha de ser sustituido por el de hacer una expresa condena a la parte demanda al estimarse en esencia las pretensiones de la ahora apelante y rechazarse las de la parte demandada.

No viniéndose a apreciar que, al respecto y por dicho Juzgador (salvo en cuanto a dicha segunda cuestión de las planteadas por la apelante, que ya se ha anticipado será objeto de acogimiento), se hubiere incurrido ni en una errónea valoración del resultado de la prueba practicada en orden a no declarar la suspensión del régimen de visitas sobre la menor como pretendía D.ª Laura; ni en infracción en la aplicación del art. 394 de la LEC, en cuanto a decidirse no hacer un especial pronunciamiento respecto a la imposición de las costas de primera instancia, sin imponérselas expresamente al demandado.

Juez *"a quo"* que a la hora de argumentar y fundamentar su decisión, lo vino a hacer de forma razonada y razonable, en los fundamentos acertados de su sentencia y particularmente en el segundo y tercero de ellos, dándose por ello, aquí y ahora, por reproducidos en su integridad en evitación de repeticiones innecesarias.

Siendo ahora únicamente, de precisarse y añadirse: 1.º) Que si bien es cierto que por el Juzgador, a la hora de justificar y razonar el no suspender el derecho de visitas del padre a la hija, optando por un régimen transitorio antes de restablecer el normal y usual para estos casos, no vino a hacer mención al informe pericial adjunto por la actora apelante con su demanda (aunque sí lo hizo al acto de exploración de la menor, como se constata en el párrafo segundo del fundamento segundo de la sentencia recurrida).

Fácil es deducirse de los términos y contenido de dicho fundamento segundo, que el Juez *a quo* vino a dar su plena y total confianza y aceptación al informe evacuado por el Equipo Técnico adscrito al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de León, optando por su contenido y conclusiones. Es decir, máxime el enfrentamiento parental, el excluir el alejamiento total entre el padre y la hija menor. Y tratar de encauzar y reanudar las relaciones entre ambos (aún contra la voluntad de la menor) pensando siempre en el beneficio e interés que supondrá para la menor, y ello mediante la decisión de derivarse tal problemática a los Servicios de Mediación Familiar (APROME) de León.

Es más, la decisión de no suspenderse las visitas entre la menor y su padre, sin perjuicio de encauzarlas hasta un régimen de normalidad a través de APROME, tampoco se pueden justificar en base a los términos y contenido del propio informe pericial aportado por la actora con su demanda. Pues dicho informe pone de manifiesto que, en definitiva, la menor no proyecta un rechazo abiertamente hacia la figura paterna (aunque aparezcan elementos de negación de la misma).

Y, si bien, dicha menor manifiesta que no quiere ir con su padre, también dice que aceptaría ir si la obligan. Incluso dicho informe viene a considerar, únicamente, que no sería ahora recomendable las visitas con el padre (se entendiese en un régimen normal), si éste no cambia las actitudes que mantiene con su hija Frida.

Pues, bien, precisamente, y para facilitar tal cambio, lo adecuado y procedente no es, sin más, suspender de forma total el régimen de visitas, sino el facilitar tal cambio para conseguir el normal y apropiado acercamiento entre ambos a través de los Servicios de Mediación Familiar, procurando así evitar rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo que resulta difíciles de recuperar, y

2.º) La evidente naturaleza familiar del asunto que nos ocupa, y el hecho de que la

demanda no se estima totalmente (ni incluso esencialmente). Pues, precisamente, la controversia principal que subyace en el pleito, como es que quede en suspenso el régimen de visitas del padre con su hija menor, se ha visto rechazada (como también se ha rechazado la pretensión del padre de mantener el anterior régimen de visitas adoptado en el previo proceso de separación matrimonial) determina, que conforme a lo dispuesto en el art. 394.2 de la LECivil, cada parte abonará las costa causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Ciertamente, el contenido del fallo de la sentencia recurrida viene a ofrecer cierta imprecisión e inconcreción en cuanto a la forma de ejecutarse lo acordado en relación a la intervención de los Servicios de Mediación Familiar, hacia los que se deriva el establecimiento de un previo y transitorio régimen de visitas y comunicación entre el padre y su hija menor, antes de volverse a reanudarse el régimen normal establecido con ocasión de la separación conyugal.

Por ello se hace ahora necesario puntualizar a tales efectos, que dicho período transitorio de comunicación y, visitas entre el padre y la hija supondrá, en un primer momento, el requerimiento a APROME para que formule al Juzgado una proposición de la forma, términos y duración en que estime adecuado y oportuno tal relación entre padre e hija. Y, posteriormente, una aceptación y aprobación del mismo por el Juzgado antes de dar comienzo a su ejecución y efectividad, una vez haber sido oídas las partes. Sin perjuicio de los informes mensuales que deberá emitir dicho Servicio de Mediación Familiar sobre la evolución del régimen que al efecto se aprueba. Y, ello, para finalmente, dejar sin efecto tal régimen de transitoriedad, y que se reanude el régimen de visitas normal y habitual establecido en el proceso de separación (sentencia de 4 de diciembre de 2000 y Auto aclaratorio de 21 de diciembre de 2000) una vez que ello se considere ya conveniente y procedente.

3. *No fijación de régimen de visitas en relación con un hijo de 16 años de edad ya que sería completamente inoportuno que se le obligase a ir con su madre contra su voluntad.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino.

La primera cuestión que se discute es la relativa al régimen de visitas entre D.ª Isabel y sus hijos, Luis Enrique y Elvira.

El Juzgado atribuyó la guarda y custodia de dichos menores a su padre. En cuanto a Luis Enrique, que en julio último cumplió 16 años, no fijó régimen de visitas alguno, dejando, por tanto, que el menor se relacionase con su madre cuando quisiera. Respecto a Elvira, que en febrero próximo cumplirá 12 años, fijó un régimen limitado, de cuatro horas en sábados alternos, de 16 a 20 horas, con intervención de los servicios sociales de Vilassar de Dalt, donde residen los menores con su padre.

La apelante no pide que se le atribuya a ella la guarda de los menores, sino que se fije el régimen de visitas que postuló en la demanda, esto es el de fines de semana alternos, desde viernes a domingo y mitad de las vacaciones escolares, mostrándose también reticente a que intervengan los aludidos servicios sociales, porque los mismos no han podido solucionar en el pasado los problemas existentes.

La situación planteada es, sin duda, grave, pues se observa que los hijos no quieren relacionarse con su madre. Pero la decisión adoptada por el Juzgado nos parece la más conveniente y adecuada, dadas las circunstancias.

En cuanto al hijo mayor, como cuenta ya con 16 años sería completamente inoportuno que se le obligase a irse con su madre contra su voluntad. Es verdad que se trata de un menor de edad. Pero la experiencia enseña que cuando los menores tienen ya la edad expuesta es imposible imponerles una relación que no desean, pues no resulta indicado que se acuda al uso de la fuerza. Además, obviamente, tratar de obligar a un adolescente de esa edad sería contraproducente. Lejos de fomentar los lazos afectivos con su madre, los deterioraría más. Esta clase de problemas son difíciles de solventar. Posiblemente el restablecimiento de la relación sólo pueda surgir del respeto a las decisiones del joven, sobre todo teniendo muy presente que le falta un año y medio para acceder a la mayoría de edad.

Por lo que concierne a la hija menor, el informe emitido por el Servei d' Assessorament Técnic de la Generalitat de Catalunya, tampoco se muestra partidario de forzar su relación con la madre. La decisión del Juzgado de fijar una relación de unas pocas horas cada dos sábados nos parece por ello acertada. Es posible que, posteriormente, pueda ampliarse y la niña pueda permanecer el sábado con su madre desde la mañana, para comer con ella y así ir avanzando en el restablecimiento de la relación.

Por lo que concierne a la intervención externa a la familia, el Juzgado se refiere a la de los servicios sociales de la localidad en que residen, aun cuando ha de quedar claro que, en ejecución de sentencia, podrá modificarse ese pronunciamiento. Si sigue siendo precisa dicha intervención podrá ser prestada por otros profesionales. No resulta posible, como se pide por la señora Isabel en su escrito glosando el resultado de la prueba pericial practicada en esta segunda instancia, que sea esta sala la que determine que sean profesionales de la psicología los que intervengan y que los designe. No hay un equipo de profesionales a disposición de este tribunal para que pueda efectuarse una designación semejante. En cualquier caso, tampoco tiene por qué ser imprescindible la intervención externa.

4. *Acreditado que la madre mantiene una actitud controladora y protectora respecto a la menor que genera en ella una dependencia importante que impide cualquier iniciativa de la niña que no suponga la aceptación materna, procede fijar un inicial régimen de visitas en el punto de encuentro, sin perjuicio de su ampliación posterior, y no la suspensión de las visitas tal y como postula la madre.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana Jesús Fernández San Miguel.

La Sentencia dictada en la Primera Instancia acordó dejar en suspenso el régimen de visitas entre padre e hija, en tanto no mejore el estado psicológico de ésta, así como el establecimiento a favor de la hija de una pensión de alimentos, a satisfacer por el pa-

dre, más la mitad de los gastos extraordinarios.

Frente a ello se alza D. Carlos Francisco, interesando se disponga que las relaciones paterno-filiales se reinstauren y lleven a cabo siguiendo los consejos contenidos al final del informe pericial del SATAV, y que se determine que el padre, además de la pensión alimenticia fijada, sólo deba abonar la mitad del gasto extraordinario referido a la ortodoncia de la menor.

D.ª Amanda se opuso al recurso, interesando la confirmación de la resolución apelada.

Planteado así el debate, consta en autos que D. Carlos Francisco y D.ª Amanda contrajeron matrimonio el 2 de abril del 92, y el 22 de mayo del 94 nació su hija Juana, que por tanto cuenta actualmente nueve años de edad.

Consta asimismo que a fecha 2 de enero del 2001 se dictó Sentencia por la que se decretó la separación matrimonial de los litigantes, aprobando el convenio regulador en el cual se disponía otorgar a la madre la guarda y custodia de Juana, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores, y estableciéndose en cuanto al régimen de visitas paterno-filial, lo siguiente: "... Por circunstancias que no son del caso exponer, los otorgantes consideran lo más conveniente para el bienestar y protección de la menor, es limitar las visitas del padre para con la menor a domingos alternos entre las 10 y las 13 horas. Las visitas se efectuarán en compañía de tercera persona, en el lugar conocido como Punt de Trobada, sito en Barcelona, calle (...), y serán sometidas a seguimiento por el equipo psico-social de los juzgados de familia, especialmente en lo que atañe al estado de la menor, Juana."

El propio apelante reconoce que las circunstancias a que aludía dicho párrafo se referían a la adicción al alcohol sufrida por el Sr. Carlos Francisco, y que actualmente ha superado, lo que no se niega de adverso.

No obstante, la madre se opone al establecimiento de un régimen de visitas normalizado, atendidos los problemas psicológicos que todavía presenta la menor, Juana, y aportando en prueba de ello un informe suscrito por la psicóloga Sra. Begoña, en el cual, y como conclusiones, se expone lo siguiente: Que "... Juana manifiesta, en estos momentos, un claro rechazo hacia la figura paterna, condicionado por las experiencias vividas y por la falta de una vinculación afectiva significativa (...) La desvalorización del padre, en este momento, queda reflejada, no sólo en lo que la niña verbaliza sobre él: "se enfada por cualquier cosa, pega enseguida, grita...", sino en la desvalorización que indican hacia el las pruebas proyectivas aplicadas.

Cuando planteamos la posibilidad de mantener visitas con su padre, responde con una actitud oposicionista y rígida: "no quiero, me da angustia ver a mi padre". Al pedirle que nos explique qué quiere decir con esto, contesta que alguna vez tiene la sensación de que su padre le pueda hacer daño y cómo duda de su interés por ella...

Continúa exponiendo dicho informe que "... desde nuestro punto de vista, sigue manifestando una situación de alto riesgo psicológico y fragilidad en su equilibrio emocional.

Las pruebas psicométricas y proyectivas realizadas en la presente exploración muestran claros indicadores de inestabilidad emocional, inseguridad y baja autoestima; así como, reacciones de ansiedad que Juana presenta, especialmente, cuando reaparece la posibilidad de contacto con su padre: dificultad en el control de esfínteres, pesadillas, inquietud, ausencias y dificultades de concentración y aumento de sus crisis migrañosas (en las que no descartamos un claro componente psicosomático).

5. Todo ello hace pensar que la problemática derivada del reinicio de la relación paterno-filial afecta la estabilidad emocional de la menor, y puede marcar de forma definitiva un distanciamiento con la figura paterna."

Por ello, en el referido informe se propone una aproximación gradual entre el padre y la hija, si se ha de producir, y en un entor-

no favorable para la niña, añadiendo que el centro INFAD resulta en su opinión la mejor propuesta para cubrir estos objetivos.

Por otro lado, en el informe emitido por el SATAV, y obrante en autos a los folios 105 a 110, se expone que el Sr. Carlos Francisco presenta unas expectativas personales respecto a su relación paterno-filial, que no son contempladas por la madre, Sra. Amanda, ni por la hija Juana, y que en este sentido el padre no se muestra bastante receptivo a la situación de la menor, y su actitud poco flexible no facilita la relación.

Se expone asimismo que la Sra. Amanda transmite una visión negativa del padre, y la argumenta en función de la traumática experiencia vivida, lo que no le permite situarse en el presente ni confiar en la total recuperación del esposo, preservando a la hija de una relación que cree le puede perjudicar, y mostrándose por este motivo defensiva y poco dispuesta a las propuestas paternas, y que la Sra. Amanda mantiene una actitud controladora y protectora respecto a la menor, que genera entre ellas una dependencia importante, que impide cualquier iniciativa de la niña que no suponga la aceptación materna.

Por lo que respecta a Juana, en el informe se indica que muestra una actitud oposicionista respecto a su relación con el padre, condicionada por las experiencias vividas, la falta de vinculación significativa con él, y por la actitud materna respecto a esta relación.

Se concluye que la problemática derivada del reinicio de la relación paterno-filial afecta la estabilidad emocional de la menor y esto hace necesario una aproximación gradual entre el padre y su hija.

Que, en principio se habrían de contemplar las resistencias de la nena y las repercusiones de la relación paterna para valorar la continuidad de su relación, y en este sentido se cree que ésta se podría favorecer si inicialmente, dado el tiempo transcurrido desde la última entrevista, padre e hija pudiesen establecer contacto en un espacio aceptado por los dos y que, posteriormente, su relación se ubicase en el Punt de Trobada.

También ha de valorarse que en el informe del SATAV (folio 108) se hace constar que haciendo referencia a la posible relación con la figura paterna, se comentó la posibilidad de una entrevista conjunta de éste con la menor en este servicio, contando con la presencia del profesional que les había atendido, a lo cual, se indica en el informe, la nena no se negó.

Expuesto todo ello, es claro que en el presente caso no procede establecer un régimen de visitas ordinario (ni siquiera es esto lo solicitado por el apelante, quien interesó que las relaciones paterno-filiales se reinstauren y lleven a cabo siguiendo los consejos contenidos al final del informe pericial del SATAV).

Sin embargo, tampoco parece conveniente la suspensión del régimen de visitas paterno-filial, y de hecho no lo entiende así el SATAV, en cuyo informe se habla de una aproximación gradual del padre y Juana, entendiendo también la Sala que esto es lo más conveniente en la actual situación, pues lo contrario supondría privar no sólo al padre de toda relación con su hija, sino también a ésta de los contactos con su padre, haciendo así aún mayor la distancia que parece existir actualmente entre ellos, por lo cual se establece el siguiente régimen de visitas: el padre podrá tener a su hija consigo en domingos alternos, de las 10 a las 13 horas, y en el Punt de Trobada, sin perjuicio de que posteriormente, y a la vista de la evolución de tales visitas, pueda acordarse por el Juzgador de Instancia, en ejecución de Sentencia, la ampliación de dicho régimen.

5. *Suspensión del régimen de visitas por los episodios de violencia familiar protagonizados por el padre.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.

Dos son los pronunciamientos de la sentencia que el demandado Sr. Narciso impugna; la suspensión del régimen de visitas a su hijo, que continúa desde la medida que fue impuesta en Auto de 7 de marzo de 2001, sobre prohibición cautelar de acercarse al domicilio personal y laboral de su esposa, y la cuantía de la pensión alimenticia fijada en 240 euros mensuales, que considera no eran ajustadas a Derecho. Respecto a la primera porque se priva de un necesario contacto con su hijo Francisco, de 15 años de edad, que considera beneficioso para el menor y que incluso solicita el Ministerio Fiscal, y la propia actora; y respecto al segundo, por haber habido cambio sustancial de circunstancias económicas desde noviembre de 1998, pasando a ganar por todas sus ocupaciones laborales la Sra. Elsa unas 105.000 ptas. al mes, mientras que el Sr. Narciso sigue percibiendo lo mismo.

A tales peticiones se opuso la actora que en su escrito de 9 de junio de 2003, consideró que tanto en las Diligencias Previas 198/2001 del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Igualada, como en actuaciones civiles anteriores de separación judicial, se acordó suspensión del régimen de visitas por los episodios de violencia familiar protagonizados por el Sr. Narciso. Esto unido a la decisión del hijo Francisco de no querer relacionarse con su padre, hace que se mantenga la medida, mientras no cambie de conducta el Sr. Narciso. Se opuso también a rebajar la cantidad de 240 euros a cargo del padre, por considerar que es cantidad mínima que necesita el hijo para cubrir sus más perentorias necesidades, según su edad.

Las resoluciones del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Igualada de fechas 8 de marzo de 1999 y 19 de enero de 2000 sobre suspensión del régimen de visitas del Sr. Narciso con el hijo Francisco, completadas por el auto de 7 de marzo de 2001 (dictado en Diligencias Previas 198/2001), que prohibió cautelarmente al Sr. Narciso acercarse al domicilio de su esposa a menos de 100 metros, han conducido a la sentencia de divorcio que nos ocupa, de 5 de mayo de 2003, a no reconocer régimen de visitas al Sr. Narciso, por persistir en su actitud de violencia.

El propio hijo Francisco al ser explorado expresaba que su padre le amenazaba a él y a su madre... Que en ocasiones era violento; el hijo refiere con su madre se lleva bien y se preocupa de su alimentación y educación refiere que si su padre tuviera mejor carácter iría con él, pero no puede... Destaca discusiones entre los padres, amenazas del Sr. Narciso por teléfono y personalmente. Por tal razón, el muchacho cuando contaba 13 años, de forma rotunda manifestó no querer ver a su padre. Por otro lado indica que el padre nunca le habría venido a buscar al colegio. A continuación, expresa sus sentimientos con relación al nuevo compañero de su madre diciendo que se porta muy bien con él. Y que convive dentro de una familia estructurada con su madre, compañero de ésta y los abuelos. Tal domicilio se halla en Piera ["(...)"]. Así las cosas esta Sala no puede más que confirmar la sentencia apelada en este punto, máxime cuando en el acto de la vista el Sr. Narciso reconoció que sólo había abonado seis meses de pensión alimenticia de Francisco, porque estaba de ba-

ja, mostrándose renuente a decir la empresa para la que trabajaba; igualmente eludió en principio las preguntas acerca de sus ingresos, que dijo eran de unas 90.000 ptas. (estando de baja laboral), y en activo unas 140.000 ptas. Las mismas manifestaciones de haber sufrido depresiones, lleva a este Tribunal a confirmar la suspensión de la medida de régimen de visitas en aplicación de lo dispuesto en el art. 94 del CC y 76.1 letra a) en relación con el art. 82.2.º del C. de Familia, pues aunque fuera deseable iniciar una comunicación paterno-filial, la fuerza de los hechos ocurridos, aconsejan mantener la suspensión. El hijo ha sido explorado, y ha dado razones claras y convincentes por las que no desea las visitas. Se ha cumplido así lo dispuesto en los arts. 92 del CC y concordantes del C. Familia en relación con el art. 9 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Judicial del Menor. En consecuencia la impugnación de esta medida no puede prosperar.

No mejor suerte ha de merecer la pretensión impugnatoria de cuantía de pensión alimenticia del ex marido pues el certificado de la TGSS se viene en conocimiento que el Sr. Narciso empezó a trabajar en abril 1999, y así sigue sin solución de continuidad, siendo la última empresa donde presta servicios Construcciones C., con unos últimos ingresos de 1117,86 euros en marzo 2002. En contraste, la Sra. Elsa empezó a realizar faenas en noviembre de 1998, y los ingresos mensuales llegan a febrero 2002, mes en el que cotiza por 131,59 euros, si bien en el acto de vista expresó que trabaja en empresa de limpieza E. (para Correos), en Colegio B., como monitora de comedor y haciendo faenas de limpieza casera, con ingresos de unas 70.000 ptas. en total. Así las cosas no puede rebajarse la cuantía de 240 euros para Francisco, para un hijo que cuenta 15 años, dado que tal suma es proporcional y ajustada a los parámetros previstos en el art. 92 del CC y art. 143, 259 y 267 del C. de Familia.

IV. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Al no haberse solicitado por vía de reconvención, no procede que el tribunal de oficio fije una cantidad en concepto de contribución a las cargas del matrimonio para el pago de la amortización del préstamo hipotecario.*

AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de febrero de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Thea Espinosa Goedert.

La sentencia de 24 de mayo de 2002 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de San Feliú de Llobregat estimaba parcialmente la demanda formulada por Felipe contra Andrea, declarando disuelto el matrimonio por divorcio y con la adopción de las medidas que se concretan en la indicada resolución y que atribuyen a la esposa la guardia y custodia del hijo común así como el uso del domicilio conyugal, mientras que a

cargo del esposo y en concepto de alimentos a favor de su hijo menor la suma mensual de 185,17 euros que se actualizará anualmente según las variaciones que sufre el IPC.

Frente a esta resolución consta recurso de apelación suscrito por Andrea y que concreta en una única discrepancia cual es la no fijación en la resolución recurrida, del pago de 93,61 euros mensuales en concepto de contribución a las cargas del matrimonio para el pago del préstamo hipotecario del domicilio familiar. El juzgador de instancia justifica dicha decisión en que la parte demandada no procedió a a formular reconvención en la contestación de la demanda tal como está previsto en el art. 770.2 de la LEC. Por parte del apelado y en el traslado perceptivo, éste interesó la confirmación de la resolución de instancia.

De este modo la pretensión referida al abono a la contribución del pago de la hipoteca se determina como único objeto de la impugnación que nos ocupa. El art. 770.2 de la LEC se nos manifiesta determinante al señalar que cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas que no han sido solicitadas en el escrito de demanda y sobre las que no debe pronunciarse de oficio el tribunal, deberá realizarse reconvención con la contestación de la demanda. La demandada al presentar el escrito de contestación a la demanda no lo realizó de acuerdo con la forma exigida por el ordenamiento, esto es, mediante reconvención. La contribución del cónyuge a las cargas del matrimonio es un concepto que no se puede pedir de oficio, deben ser a instancia de parte (art. 90 del CC y 76.3 CF) al no ser considerado como derecho necesario sino como derecho dispositivo. Para que la solicitud de la demandada se hubiera podido tener en cuenta, hubiera sido necesario que la misma se hubiera suscrito de acuerdo con los trámites formales para ello establecidos, dado que no fue la formalidad exigida la seguida por la representación legal de la demandada, no es posible atender la solicitud. Motivo por el que debe ser desestimado el recurso planteado.

2. *Aunque en el convenio regulador se estableció un plazo de atribución del uso de la vivienda familiar, dado que aún continúan conviviendo los hijos en el mismo, procede su atribución a los mismos sin limitación temporal alguna.*

AP SEVILLA Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Nieto Matas.

La sentencia dictada en la primera instancia es recurrida tanto por el actor como por la demandada, ésta solicita que se incremente del 20% de los ingresos del padre al 30% de esos ingresos la cantidad que se señala como pensión para sus hijos y aquél se fije como límite para la utilización por su ex esposa y sus hijos del domicilio que fue familiar el que se acordó en el convenio regulador y fue ratificado en la sentencia de separación. Ni uno ni otro recurso es procedente acogerlos, ya que respecto a este último la limitación temporal en el uso del domicilio conyugal contraviene lo dispuesto en el Código Civil respecto que ha de hacerse en favor del cónyuge con quien convivan los hijos toda vez que el tiempo fijado en el convenio regulador en modo alguno puede garantizarse que no vulnera esa expectativa de los hijos a residir en el domicilio que fue

familiar mientras convivan con alguno de sus progenitores y no haya finalizado su período de educación y dependencia paterna. Por el contrario la subida de la pensión que pretende la demandada contraría la que los propios cónyuges habían pactado, dos años antes de presentar la demanda de divorcio, en el Convenio Regulador, sin que exista hecho alguno, que no sea el mero transcurso de ese lapso de tiempo, y que resulta probado que lo haga procedente puesto que la adolescencia de los hijos, única circunstancia concurrente, por sí sola, por previsible al firmar el convenio, no puede justificar ese incremento.

3. *No teniendo el carácter de familiar la vivienda respecto de la cual la esposa solicita la atribución de su uso, no puede por vía del art. 96 del CC procederse a tal atribución.*

AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Rosa Fernández Núñez.

Se discuten únicamente en el caso dos de las medidas económicas establecidas por el juzgador de instancia en orden a la regulación del divorcio, la primera consistente en la atribución a la esposa Doña Concepción del uso de la vivienda perteneciente a la sociedad de gananciales y ubicada en Jerez de la Frontera, y la segunda representada por el señalamiento de pensión compensatoria a favor de la mujer y a cargo del marido Don Víctor, por importe de 180 euros al mes.

El atento y detenido examen de las actuaciones, incluyendo la reproducción de los soportes audiovisuales grabados en primer grado, muestran la inconsistencia de ambas medidas e inclinan su revocación, estimando plenamente el recurso entablado por el Sr. Víctor.

En efecto, abordando las cuestiones propuestas por el orden de su enunciado, tenemos en primer lugar que todas las medidas a adoptar al amparo del artículo 96 del Código Civil, tanto imperativas como potestativas, temporales o indefinidas, se refieren al uso de la vivienda familiar, entendiendo por tal aquella en que estuvieren viviendo establemente con cónyuges —con o sin hijos en su compañía— cuando tiene lugar la crisis matrimonial e interrupción de la convivencia. Pues bien, en nuestro caso, como reconoce la esposa Doña Concepción al ser examinada en juicio, con la fuerza probatoria que confiere al interrogatorio de parte el artículo 316.1 de la Ley Procesal Civil, y corroboran unánimes las restantes pruebas personales y documentales aportadas, los cónyuges tenían establecido su domicilio en Sanlúcar de Barrameda, habitando desde 1994 como vivienda familiar un piso de la CALLE000, que disfrutaban en régimen de arrendamiento, y en el que permanece la esposa tras la ruptura matrimonial, ocurrida en julio 1998, hallándose a la sazón la pareja accidentalmente en Ibiza para asistir a la boda de un hijo, regresando la esposa a la casa familiar de Sanlúcar permaneciendo el marido durante algunos meses en la isla para luego regresar y establecerse independientemente en la propia localidad gaditana.

Es evidente, pues, que el piso de Jerez de la Frontera, perteneciente a la sociedad conyugal, no constituye el domicilio familiar a los efectos de la atribución de uso prevenida en el artículo 96 del Código Sustantivo, y su asignación a la esposa, que en ausencia de hijos menores o dependientes aún en el ho-

gar, se justifica invocando su interés preferente y más necesitado de tutela (artículo 96, párrafo tercero), no puede ser confirmada en esta sede.

Si además y con independencia de lo expuesto, se toma en consideración que la medida habría de operar con carácter meramente transitorio, esto es "por el tiempo que prudencialmente se fije", como ordena literalmente el precepto, y que la esposa, natural de Sanlúcar, ha dado muestra patente de su vocación de permanencia en dicha ciudad, hasta el punto de que una vez abandonada la vivienda que la familia tenía en alquiler, arrienda en 1999 unas habitaciones para uso propio en dicha localidad, en las que mediante una modesta renta ahora permanece, la conclusión adelantada definitivamente se impone, quedando la disputada vivienda de Jerez al margen del estatuto regulador del divorcio y sometida —como el resto de los posibles bienes del matrimonio— al proceso de liquidación de la extinta sociedad de gananciales.

4. Atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, al ser el interés de ésta el más necesitado de protección, dado el padecimiento de una patología depresiva que la ha llevado a tres intentos de suicidio.

AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Inmaculada Suárez Barcena Florencio.

En los presentes autos, el actor, en el suplico de su demanda, solicita al Juzgado, que se decrete la extinción del uso y disfrute de la vivienda conyugal, atribuido a su esposa e hijos, en su día, en atención, a las circunstancias, que desde que se hizo tal atribución del domicilio conyugal hasta la actualidad, se han alterado sustancialmente, pues siendo ya únicamente beneficiaria de dicha adjudicación la hija menor del matrimonio D.ª María Esther, en la actualidad la citada hija vive en Vélez-Málaga, en el domicilio de su abuela, mientras que él se ve obligado a vivir en el domicilio de una hermana, en compañía de los miembros de su familia, lo que desemboca en una situación de difícil convivencia. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda, modificando las medidas adoptadas en los autos de separación n.º 604/1995, en lo relativo al uso y disfrute de la vivienda familiar, acordando que desde la fecha de la sentencia el uso de la misma será por períodos alternos anuales, comenzando por la demandada Sra. Alicia y hasta su completa liquidación como bien ganancial. Contra esta sentencia, se alza en apelación, la representación procesal de la demandada D.ª Alicia.

Sabido es que las medidas reguladoras de las separaciones conyugales y divorcios, acordadas por el Juez, en defecto de acuerdo entre las partes, pueden ser modificadas, conforme a los artículos 90 y 91 del Código Civil, cuando se alteran sustancialmente las circunstancias, es decir que en principio tienden a permanecer, pues su modificación sólo podrá tener lugar cuando exista una alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de acordarlas, de tal entidad que su mantenimiento cause un grave perjuicio en alguno de los destinatarios de las mismas. En el caso de autos, si bien consta acreditado que cuando se acordó adjudicar el uso y disfrute de la vivienda que constituyó el hogar familiar a la esposa e hijos, se hizo en atención a que la hija del matrimonio D.ª María Esther vivía en el mismo en compañía de su madre, y en la actualidad, vive fuera del mismo, concreta-

mente en Vélez-Málaga, desde hace tiempo, según tiene reconocido la madre en prueba de interrogatorio de parte y como tal consta acreditado un cambio de circunstancias; mas es necesario analizar si tal cambio, es de tal entidad que permita una extinción del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar, conforme a los artículos 91 y 96 del Código Civil, y concretamente, si pese a ello, la madre demandada ostenta un interés más necesario de protección que el interés que pueda ostentar el actor, conforme al citado artículo 96 del Código Civil.

Discrepa la Sala, respecto del criterio mantenido por el Juzgador de Instancia, en cuanto que considera acreditado que la situación económica de ambos litigantes es similar, pues si bien consta, por las pruebas practicadas, que los ingresos del actor giran alrededor de los 1.000 euros al mes, por prestación por incapacidad permanente absoluta (documento obrante al folio 77 de los autos), y que los ingresos de la demandada giran alrededor de los 800 euros mensuales, no es menos cierto, y así se desprende del informe de vida laboral de la misma (folio 66, 67 y 68 de los autos), que la demandada carece de estabilidad laboral, ya que la misma en la actualidad está contratada con carácter temporal y por lo que se refiere al año 2002, de dicha documental se infiere, que estuvo trabajando, no de forma continua, sino por períodos de tiempo, con el consiguiente percibo de ingresos limitados a los períodos de actividad laboral y a las correspondientes prestaciones por desempleo, frente a los ingresos que obtiene el actor, superiores a los de la Sra. Alicia, de carácter permanente y que le proporcionan estabilidad económica, por lo que en modo alguno puede ser considerada como similar la situación económica de actor y demandada y desde este punto de vista el interés más necesitado de protección es el de la señora Alicia.

Por otro lado los informes médicos de la demanda obrantes en los autos, fundamentalmente el emitido por D. Vicente, del cual se colige no sólo las dificultades económicas de la misma, sino también el padecimiento de una patología depresiva, que la han llevado a tres intentos de suicidio, siendo de carácter crónico, que si bien en principio no le impiden desarrollar una actividad laboral, sí debe tenerse en cuenta y ser valorado a la hora de analizar cuál sea el interés más necesitado de protección, que indudablemente y por lo expuesto es el de la demandada, lo que lleva a la conveniencia de denegar la modificación pretendida, y por tanto al mantenimiento de la medida, en su día acordado, de atribuir el uso y disfrute del que fue hogar conyugal a la señora Alicia, por ser el interés más necesitado de protección.

Por otro lado la solución adoptada en la sentencia recurrida, tal y como manifiesta la apelante, no puede ser acogida por esta Sala en cuanto que el artículo 96 del Código Civil prevé la atribución a alguno de los cónyuges y no a ambos, aunque fuese de forma alterna, pues ello llevaría a la creación de más problemas entre los litigantes, pudiendo redundar en una mayor complicación de las relaciones existentes entre los cónyuges, ya de por sí deterioradas, como puede deducirse de los autos, por lo que la Sala, entendiendo como interés más necesitado de protección el de la esposa D.ª Alicia, resuelve la estimación del recurso, y por ende la revocación de la sentencia dictada por el Juzgador de instancia, sin que ello implique o impida que cualquiera de los cónyuges puedan pedir la liquidación de la sociedad de gananciales, en el ejercicio del derecho que indudablemente les asiste.

V. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Mantenimiento de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad hasta que termine la carrera de ingeniería aun cuando en el convenio regulador se pactó que sólo se abonaría durante los dos años siguientes.*

AP JAÉN, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de enero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pío Aguirre Zamorano.

La sentencia de instancia acuerda el divorcio entre los cónyuges D. José Manuel y D.ª Leonor, y mantiene el resto de las medidas acordadas en la sentencia de Separación, excepto la relativas al hijo mayor de edad Luis Alberto que la sustituye en el sentido de que el padre deberá de abonar 150 euros mensuales durante el plazo de tres años debiendo de demostrar, el hijo, que está estudiando el segundo ciclo de ingeniería informática.

Pues bien en el convenio regulador, aportado judicialmente se estableció en relación con el hijo mayor de edad, Luis Alberto, lo siguiente "Alimentos al hijo: Dado que el único descendiente a cargo de la unidad familiar es mayor de edad, y se encuentra desarrollando sus estudios universitarios, D. José Manuel se compromete a satisfacer durante los próximos dos cursos universitarios:

1) La cantidad de 25.000 ptas. (veinticinco mil) mensuales en concepto de contribución del padre a los alimentos para su hijo, durante los meses de duración del curso escolar.

2) En el mismo concepto, la cantidad que se devengue como gastos de estancia de Luis Alberto en el Colegio Mayor Jaime del Amo de Madrid.

Dichas cantidades serán ingresadas por mensualidades anticipadas, en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe D. Luis Alberto.

Durante los meses restantes, es decir, aquellos en los que Luis Alberto no esté cursando sus estudios, sus gastos serán a cargo del progenitor que conviva en cada momento con él.

La cantidad pagadera en metálico se revisará anualmente en proporción a las variaciones del Índice de Precios al Consumo General que publique el Instituto Nacional de Estadística o cualquier otro organismo público que en el futuro pudiera cumplir análoga misión.

Las cantidades mensuales que hayan de satisfacerse como consecuencia de la estancia de D. Luis Alberto en el Colegio Mayor Jaime del Amo, se adaptarán en cada momento, al importe de la mensualidad que fije dicha institución, es decir la subida o bajada de su importe aprovechará o perjudicará exclusivamente a D. Jose Manuel."

El convenio es de fecha 28 de julio de 2001, aprobado por la sentencia de separación de fecha 3 de septiembre del mismo año, contando el hijo de los cónyuges entonces con 18 años de edad.

Segundo.—Ha quedado probado por la declaración de los padres que ambos sabían la intención de su hijo de iniciar los estudios superiores de (ingeniería informática) una vez terminado lo que estaba estudiando en

el momento de la separación (ingeniero técnico) y también que esa medida, era provisional a la espera de que se cumpliera las intenciones del hijo. Así lo corrobora también el letrado Sr. Rodríguez que redactó el convenio.

Todo el razonamiento anterior es reconocido en la sentencia de instancia y también que se puede considerar que existe la alteración de las circunstancias de conformidad con lo establecido en el art. 90 del Código Civil.

Tercero.—No obstante el razonamiento anterior el juzgado; sin razonar correctamente, concede al hijo solamente la pensión de 150 euros mensuales, no se sabe si durante el período escolar o no, y no le concede el pago de la matrícula ni los gastos de Colegio Mayor, a pesar de que en el fundamento de Derecho cuarto si lo obliga al padre a pagar la "matriculación".

Pues bien teniendo en cuenta que las únicas circunstancias que han cambiado son las del hijo que va a seguir estudiando, y no la de los padres que ganan aproximadamente igual que hace dos años, cuando se dictó sentencia de separación, lo congruente es que el padre siga pagando lo mismo, pero no durante el tiempo establecido en el convenio de dos años, sino hasta que su hijo termine la carrera de ingeniería en Madrid, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 90 ya citado y el art. 146 del Código Civil que dispone que "La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe".

Ello es así, también, por aplicación del art. 92 del CC que argumenta que "La separación, la nulidad y el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos". Así las cosas si el matrimonio no estuviese divorciado resulta evidente que el hijo podría estudiar una carrera universitaria teniendo en cuenta la renta del padre 41.734,28 euros y la de la madre 22.950 euros máxime cuando es el único hijo del matrimonio.

Por último añadir que la madre también coopera en los estudios del hijo de la misma forma establecida en el convenio suscrito entre los esposos y aprobado por sentencia, pues ella convive con el hijo cuando no está estudiando y tiene que soportar también numerosos gastos no ya cuando está con ella, que no recibe dinero del padre, sino cooperando a los diversos gastos de un universitario en una ciudad como Madrid, tales como viajes, libros etc., que difícilmente se cubrirían con los 150 euros mensuales que el padre le abona.

2. *El hecho de que el padre tenga unos ingresos mayores no justifica por sí solo el incremento de la pensión alimenticia de la hija, ya que es necesario a su vez que las necesidades de la menor sean superiores a aquellas tenidas en cuenta en su día cuando se estableció.*

AP CASTELLÓN, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de enero de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Eloísa Gómez Santana.

Constituye el único motivo del recurso el *quantum* de la pensión alimenticia establecida en favor de la hija de ambos litigantes respecto de la cual solicitó la parte demandada hoy apelante que se incrementará a la cantidad de 240 euros mensuales, petición

que fundamenta en un pretendido error en la valoración de la prueba practicada por parte de la Juez de Instancia.

Por la parte apelada y el Ministerio Fiscal se solicitó la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

Como es sabido uno de los deberes fundamentales derivados de la patria potestad lo constituye la alimentación de los hijos —art. 154 del CC—, obligación que encuentra amparo legal en el artículo 143 del Código sustantivo para casos de necesidad y en el artículo 93 del mismo cuerpo legal cuando de separación matrimonial o de divorcio se trata, siendo esta última norma consecuencia de las relaciones paterno-filiales que existen al margen de la situación en que se hallan las relaciones entre los progenitores. La obligación alimenticia, que se puede definir como el deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra u otras, supone la existencia de alguien que tiene derecho a exigirlos y de otra que tiene el deber de prestarlos, debiendo reunir el primero la condición de necesitado y el segundo poseer bienes y medios idóneos para prestarlos. Su contenido lo explica el artículo 142 del CC y lo interpreta la jurisprudencia como "la ayuda indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y toda clase de ayudas y cuidados de orden ético y afectivo" (SSTS 19 de febrero de 1976 y 17 de abril de 1979), atendidos, según normatiza el artículo 146, el caudal de quien los da y las necesidades de quien los recibe, "debiéndose fijar su concreto montante según el resultado de las pruebas practicadas en el proceso, mediante apreciación objetiva".

En el caso presente ambos litigantes acordaron de mutuo acuerdo en el procedimiento de separación una pensión alimenticia con cargo al padre de la menor que asciende en la actualidad a 21.797 pts., tras la aplicación de los IPC correspondientes. Tenía entonces la menor 3 años de edad y en la actualidad diez. Examinado el resultado de la prueba practicada no se aprecia error alguno en la valoración de la prueba ya que ésta ha de ser valorada en su conjunto a los efectos de alcanzar una conclusión ajustada a Derecho, razón por la cual el hecho de que la diferencia de ingresos anuales del padre desde aquella fecha (1997) a la de presentación de la demanda en lugar de ascender a 240 ó 300 euros lo sea en realidad de 448 no puede justificar sin más la revocación de la sentencia de instancia, ni tampoco la valoración realizada por la parte apelante respecto del contenido del certificado médico aportado por el apelado referente a su dolencia de espalda. Y en este sentido asume la Sala la doctrina expuesta por la Juzgadora de Instancia en cuanto al alcance y significado de la modificación sustancial de las circunstancias, ya que el hecho de que el hoy apelado tenga unos ingresos mayores no justifica por sí solo el incremento de la pensión, ya que es necesario a su vez que las necesidades de la menor sean superiores, a aquellas tenidas en cuenta en su día cuando se estableció, y es de destacar que en el presente casi ni tan siquiera se ha practicado prueba relativa a dicho supuesto. Así pues si la menor en la actualidad ostenta la edad de 10 años, es una edad que precisamente no implica de por sí unas necesidades superiores que aconsejen el incremento de la pensión, ya que si tenemos en cuenta su edad escolar el curso que pueda estar realizando se haya subvencionado con lo cual el gasto es nulo a diferencia de lo que acontece normalmente cuando tiene que asistir a parvulario.

En definitiva no se aprecia error alguno en la sentencia de instancia que justifique su revocación, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida por sus propios fundamentos que se dan por reproducidos de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal.

3. *El aumento de edad de los hijos no necesariamente debe suponer un incremento de la pensión alimenticia.*

AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de enero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. José M.ª Álvarez Seijo.

El único extremo objeto del recurso se refiere a la cuantía de la pensión alimenticia otorgada a favor de las dos hijas del matrimonio, que quedó fijada en el 30% de los ingresos del padre, mientras la hoy recurrente interesa sea incrementada a un 40%. Ha de hacerse constar que el porcentaje señalado en primer término ya había sido establecido en la sentencia de separación de fecha 12-01-2000, siendo ahora en el presente proceso de divorcio cuando Doña María Teresa ha postulado la elevación de dicho porcentaje en el acto de la vista.

Siendo como se trata, pues, de una solicitud de modificación de medidas, no cabe desconocer que conforme a lo preceptuado en el artículo 91 del Código Civil se requiere que se justifique, para la viabilidad de tal pretensión, que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias, esto es, que entre el momento de la adopción inicial de la medida en cuestión y aquel en el que se interesa su modificación, haya acontecido una diferencia o cambio trascendente, apreciable o si se quiere claramente perceptible, lo que es opuesto a lo meramente circunstancial u ordinario, lo que por descontado ha de ser acreditado por quien lo interesa, conforme a las reglas de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC.

En el caso que nos ocupa, y con independencia del momento en que tal pretensión fue invocada, dado que, como con todo acierto explicó el Sr. Juez *a quo,* es materia de orden público, ninguna prueba existe en autos de tal alteración fuera de la mera alegación de haber transcurrido prácticamente tres años desde que se dictó la sentencia de separación, con el consiguiente aumento de edad de los hijos; mas es evidente que este solo hecho para nada conlleva que necesariamente deba suponer un aumento sensible de los gastos de aquéllos cuando nada se aportó que avalase tal aserto, pues si en efecto fuere así, que reiteramos resulta una mera elucubración, ello no prueba la verdadera dimensión de tal incremento, y mucho menos su sustancial variación, máxime cuando lógicamente en dicho lapso temporal cabe esperar que también los ingresos del alimentante hayan aumentado, y con ello de forma automática las percepciones pecuniarias de los destinatarios.

Por lo expuesto, procede ratificar plenamente en esta alzada los sólidos fundamentos plasmados por el juzgador de instancia en orden a la cuestión debatida.

4. *Reducción de la cuantía de la pensión alimenticia al haber dejado de percibir el padre, por decisión de la empresa, la retribución por horas extraordinarias.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.

Las medidas o efectos civiles complementarios a la separación, divorcio y nulidad del matrimonio, tanto si han sido adoptadas en proceso consensuado o en otro de naturaleza contenciosa, son susceptibles de ser modificadas cuando concurran nuevas circunstancias que supongan una alteración sustancial de las tenidas en cuenta en el momento histórico de adoptarlas, tal como proclama el penúltimo párrafo del artículo 90 del Código Civil, para los procesos consensuados, y el artículo 91, *in fine,* para los procesos contenciosos. En idéntico sentido el artículo 80 del Código de Familia de Catalunya establece la viabilidad de la modificación de las medidas de los procesos matrimoniales, en atención a circunstancias sobrevenidas.

Es necesario que concurran los siguientes presupuestos, tal como ha reiterado este Tribunal en múltiples resoluciones, a saber: A) Que se trate de hechos de nuevas consideración, surgidos con posterioridad al dictado de la sentencia que acordó las medidas complementarias; B) Que supongan una modificación sustancias de las circunstancias que se tuvieren en cuenta en el momento de adoptar las medidas, según el Código Civil o que se trata de circunstancias sobrevenidas, según el Código de Familia de Cataluña; C) Que la alteración de tales circunstancias revistan cierto grado de permanencia en el tiempo, es decir que no obedezcan a situaciones de carácter coyuntural o transitorio; D) Que se trate de acontecimientos imprevisibles y ajenos a la voluntad del cónyuge que insta la modificación de medidas.

La concurrencia de tales exigencias debe de ser acreditada por quien insta la modificación o alteración de las medidas, en atención a las reglas de la carga de la prueba que determina el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha derogado el artículo 1214 del Código Civil.

En el caso de autos se postula por la parte accionante, D. José Carlos, la reducción de la cuantía de la prestación alimenticia establecida en el Convenio regulador de la separación matrimonial, en favor de la hija del matrimonio Marisol, cifrada en cuarenta y cinco mil pesetas mensuales, ante la disminución de la capacidad económica del obligado, por la consecuencias de haber dejado de recibir la retribución por horas extraordinarias, por decisión propia de la entidad empleadora, lo que justificaba, a su entender, que se estableciese la pensión alimenticia en un montante de 170 euros mensuales.

La pretensión así deducida debe de ser estimada, si bien en forma parcial, al constar acreditado en las actuaciones que la empresa en la que presta servicios laborales el accionante, le ha suprimido la realización de las horas extras que venía desarrollado, realizando en la actualidad una jornada laboral de 164 horas mensuales, tal como se constata de la certificación aportada a los autos.

Por tal circunstancia el actor ha dejado de percibir el concepto retributivo por horas extras, que ascendía a un montante comprendido entre las cincuenta mil a las ochen-

ta mil pesetas mensuales, según el cómputo de las horas realizadas. En la actualidad percibe un salario de setecientos veintiséis euros mensuales, con el que debe de afrontar la satisfacción del alquiler de la habitación que ocupa y contribuir también a determinados gastos de la vivienda, tal como se refleja en el antecedente de hecho séptimo de su demanda, y a la atención de sus propias necesidades vitales. Ello determina que la cuantía de la prestación alimenticia de la menor, que se estipuló teniéndose en cuenta la percepción del salario más las horas extras del actor, sea reducida a la suma de 180 euros mensuales, pagaderas y actualizables, en la forma establecida en el convenio regulador, y ello desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

VI. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Fijación en el procedimiento de divorcio de limitación temporal a la pensión compensatoria que se estableció en el procedimiento de separación.*

AP GRANADA, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de enero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Moisés Lazuen Alcón.

Frente a la sentencia dictada en 24-1-2003, por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 10 de Granada, en autos de divorcio 616/02 seguidos por demandado D. Blas, frente a D.ª María José, se formuló por el actor recurso de apelación, que ha originado el Rollo 343/03, de esta Sala, que resolvemos, y que articula contra un único pronunciamiento de la sentencia relativo al mantenimiento de la pensión compensatoria a favor de la esposa, respecto de lo que postula o su extinción, o subsidiariamente, su minoración y limitación en el tiempo.

Sabido es, que el art. 90 del CC, permite a los cónyuges reclamar, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, que se modifiquen las medidas judicialmente acordadas o las convenidas por los cónyuges en convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 del CC. Esta facultad se justifica en la intención de que el conjunto de prestaciones impuestas o convenidas, se adecue a lo largo de su vigencia al posible cambio de circunstancias, subjetivas u objetivas, concurrentes, tanto en el obligado al pago, como en el receptor del mismo; equilibrio de prestaciones de importe salvaguarda la momento del dictado de la resolución judicial, o de suscripción del convenio regulador, al depender de acontecimientos ulteriores. Ahora bien, así mismo, es sabido, que o toda alteración de circunstancias es susceptible de generar una modificación de medidas, so pena de producir un estado litigioso "cuasi permanente" entre los ex cónyuges, sino que se precisa que tal alteración tenga naturaleza de sustancial, lo que, a *sensu contrario,* implica que para nada afectarán a lo convenido o adoptado las modificaciones o alteraciones que no afecten a la esencia de la prestación o sean irrelevantes en atención a su escasa entidad o contenido. Siendo también preciso que la alteración tenga una cierta vocación de permanencia, requisito excluyente respecto a las si-

tuaciones pasajeras no modificativas sustancialmente del conjunto de obligaciones asumidas.

En el presente supuesto, la pretendida extinción de la pensión no ha de prosperar por cuanto no concurre ninguno de los supuestos del art. 101 del CC, de los que se incide en el recurso en el caso de la causa que la motivó, puesto que la sentencia de separación la estableció sin límite temporal alguno, de acuerdo a una serie de circunstancias tomadas en consideración en la fecha de su fijación y que, no consta acreditado, hayan sufrido alteración alguna, no ya solo sustancial, adjetivo al que se anuda necesariamente la modificación de la medida, sino de ninguna naturaleza. El desequilibrio económico continúa, sin perjuicio de lo que se añadirá más adelante.

Pero es que tampoco procede la minoración, pues, como ya se ha expuesto, ninguna alteración se ha producido en las respectivas circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación. Hacemos nuestra la argumentación de la recurrida sentencia.

En cuanto a la limitación temporal, la jurisprudencia viene señalando que la pensión compensatoria no puede confundirse con la pensión alimenticia basada ésta en la necesidad, en tanto que aquélla se justifica en el resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o el divorcio y sin vinculación alguna a la idea de responsabilidad por culpa (STS 20-6-1988). Por ello, es que se le haya considerado como de tipo indemnizatorio pero con fundamento en el principio de solidaridad conyugal nacido del matrimonio.

Esta Sala en Sent. de 19-2-2002, afirmaba que esta peculiar naturaleza de la pensión compensatoria (derecho personal de naturaleza indemniatoria con fundamento en el principio de solidaridad conyugal) conduce a considerarla de carácter temporal, como lo recogen numerosas Audiencias Provinciales (Barcelona 6-10-2000; Zaragoza 4-12-2000, Toledo 1-3-2001, Almería 16-3-2001, Córdoba 29-6-2001...), afirmando esta Sala en sus sentencias de 3-5-2001 y 18-12-2001, que no tiene un carácter definitivo a modo de renta vitalicia, pues se extingue cuando concurren las circunstancias que señalan los arts. 100 y 101 del CC. Y, seguía diciendo, que, aunque podría argumentarse que el art. 101 no recoge de forma expresa entre las causas de extinción el transcurso del tiempo, hay que considerarla comprendida en la primera de ellas: "el cese de la causa que la motivo", pues si el origen del derecho está en el desequilibrio económico que produce a un cónyuge la ruptura matrimonial, es patente que restaurado el equilibrio con el otorgamiento de la pensión, cabe contemplar el tiempo como un parámetro de vigencia de la misma, habida cuenta de las circunstancias que el art. 97 recoge para su concesión y la exigencia de buena fe en el ejercicio de los derechos, contemplada en el art. 7.1.º del CC, de modo que no sería lícito al cónyuge beneficiado mantener indefinidamente el estatus de desequilibrio inicial que, por su propia naturaleza, se presenta como algo susceptible de ser superado, con una implicación normal del mismo, en tal empeño, lo que, por otra parte, no es sino un reflejo de su propia dignidad personal.

Lo anterior no implica, sin embargo, que en todo caso, haya de fijarse un carácter temporal a la pensión. Ello sólo será posible ponderando las circunstancias del concreto supuesto, y, en particular, las reales posibilidades del cónyuge acreedor de iniciar o reanudar actividad laboral o acopiar recursos.

En este caso, consta la actividad desplegada por la ex esposa tendente a obtener un empleo, mediante la preparación de oposiciones de diferente naturaleza, y su matriculación en distintas academias a tal fin destinadas (folios 84-208). Por ello, parece prudente prolongar la pensión aludida por un período de 3 años a partir de la firmeza de la presente sentencia. Se acoge, pues, en parte el recurso, lo que veda efectuar condena en las costas de esta alzada (art. 398 de la LEC).

2. *No extinción de la pensión compensatoria, y sí su suspensión, hasta tanto pueda comprobarse la evolución de la enfermedad que padece la esposa por la que está percibiendo una pensión por invalidez pendiente de revisión en atención a la mejora o agravamiento de la enfermedad.*

AP CÁCERES, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Salvador Castañeda Bocanegra.

Como último motivo se invoca la no extinción de manera definitiva de la pensión compensatoria que actualmente está en suspenso.

Es de tener en cuenta sobre esta materia que ya en la sentencia de Separación dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Navalmoral de la Mata, confirmada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, se acordaba a favor de doña Virginia una pensión compensatoria a cargo de D. Juan Enrique por importe de 25.000 ptas. mensuales, pero matizando hasta tanto Doña Virginia pudiera trabajar o cobrar una pensión de invalidez de la Junta de Extremadura.

Por Auto de fecha 11 de diciembre de 2002 dictado en el incidente de modificación de medidas, habida cuenta de que Doña Virginia había comenzado a percibir una pensión de invalidez pendiente de revisión en atención a la mejora o agravamiento de su estado de enfermedad, se acuerda dejar en suspenso la obligación del pago de dicha pensión compensatoria en tanto que doña Virginia percibiera la pensión de invalidez por parte de la Junta de Extremadura. En consecuencia, y para concluir, debemos considerar aconsejable el mantenimiento de esta situación de suspensión de la pensión compensatoria y no acordar la extinción de la misma hasta tanto que en el futuro se pueda ver la evolución de la enfermedad que padece la demandada.

3. *Extinción de la pensión compensatoria fijada en la separación ya que fue mínima la convivencia entre los cónyuges, y la esposa, desde aquel momento no ha intentado buscar ningún trabajo que le permitiese obtener ingresos para cubrir sus necesidades.*

AP LUGO, Sec. 2.ª, Sentencia de 4 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Varela Prada.

En lo que se refiere a la otra cuestión discutida, relativa a la pensión compensatoria de la esposa, también ha de considerarse acertada la conclusión a la que ha llegado la Juez *a quo,* así como sus razonamientos para llegar a aquélla, en efecto, ha de tenerse en cuenta, no sólo la mínima convivencia que han mantenido los cónyuges, poco más de dos meses (contrajeron matrimonio en el mes de octubre de 1983, produciéndose la

separación de hecho en el mes de enero de 1984), por lo que el concepto de desequilibrio económico como consecuencia de la separación aparece fuertemente atenuado o mínimamente existente, sino que habrá de tenerse en cuenta, también la edad de la esposa, en tal momento, treinta y un años, no acreditándose que tuviese problemas serios de salud, impeditivos de ejercer algún trabajo, —no quedando acreditado tal dato y situación en la actualidad—, pudiendo a lo largo de estos años de separación, la esposa haber buscado (o al menos acreditado tal extremo) un trabajo que le permitiese obtener unos ingresos para cubrir sus necesidades, no haciéndolo, sin embargo, así, suponiendo, ello, una situación, injusta además de gravosa para el esposo, a la vista, por otra parte de los ingresos que el mismo reconocía, de unas 170.000 (1.020,72 euros) mensuales, por todo ello, debe de ser desestimado tal motivo de recurso.

4. *La circunstancia de que la esposa percibe una pensión no contributiva de 164 euros no es motivo para extinguir la pensión compensatoria.*

AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, Sentencia de 4 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. José M.ª Álvarez Seijo.

La única cuestión objeto de debate viene referida a la extinción de la pensión compensatoria que en su día había sido acordada a favor de Doña Irene.

El artículo 101 del Código Civil contempla los supuestos en los que resulta procedente la extinción de la pensión compensatoria, concretamente y en lo que ahora nos atañe, se refiere al cese de la causa que lo motivó. Por su parte, el artículo 100 alude a la posibilidad de modificación de la misma caso de alteración sustancial de las circunstancias.

De la conjunta interpretación de tales preceptos, todo parece indicar que en uno u otro supuesto, ya cese, ya modificación, ha de darse un cambio radical, relevante y considerable de las circunstancias que concurrieron al tiempo de la constitución de la pensión.

En el caso de autos, y aunque sea reiterar lo expuesto en la sentencia recurrida, cabe señalar:

a) Que en la sentencia de separación de fecha 11-02-1997 se fijó como pensión compensatoria la cuantía de 17.000 pesetas, siendo los ingresos del cónyuge hoy recurrente de 55.052 pesetas en aquel momento. b) Que Doña Irene no disponía de ingresos, pasando ahora a percibir una pensión no contributiva de 164 euros mensuales. c) Que los ingresos de Don Rodrigo, ahora apelante, importan actualmente 385,50 euros. d) Que el importe de la pensión que viene abonando en la actualidad es de 116,14 euros.

Partiendo de lo expuesto, no resulta haberse producido la esencial alteración requerida pues, de un lado y aunque los ingresos del recurrente hayan recientemente disminuido, en suma no resultan inferiores sino superiores a los que percibía en el año 1997, cuando quedó establecida la pensión ahora discutida.

Por otra parte, los emolumentos que percibe Doña Irene no pueden tomarse sino como un mero auxilio para su subsistencia, dada su cuantía, y en nada suponen una circunstancia que anule el desequilibrio económico que le produjo la ruptura conyugal.

En conclusión, y como recalcó con acierto la Sra. Juez de instancia, sumadas las cuantías de ambas pensiones contributiva y

compensatoria su resultado es equivalente a los ingresos que, tras deducir el abono de esta última, restan al recurrente, quien a la postre y como se dijo no ha sufrido objetivamente alteración sustancial entre su disponibilidad económica neta comparando el momento de su separación con el actual.

5. *Procede fijar pensión compensatoria a favor de la esposa debiendo rechazarse la petición del esposo que le ofrece trabajo como auxiliar de cocina en las empresas en que son administradores tanto él como su compañera sentimental.*

AP CUENCA, Sentencia de 5 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Muñoz Hernández.

En el segundo motivo del recurso, última cuestión que se ha de considerar, se manifiesta la infracción del artículo 97 del Código Civil en la sentencia de instancia al fijar una pensión compensatoria de 300 euros mensuales durante cinco años a cargo del apelante, pese a que la prueba documental ha acreditado los ingresos del mismo y las cantidades de que han dispuesto ambos cónyuges durante el matrimonio y tras la crisis de la convivencia para el levantamiento de las cargas familiares. Partiendo de lo anterior se dice que si durante la convivencia (años 1999 y 2000) ambos cónyuges disponían de unas 250.000 pesetas anuales, como reconocen el hecho 3.º de la demanda y los documentos 6 a 13 a ella acompañados, con la sentencia se genera un incremento patrimonial con posición más favorable la esposa que la tenida con anterioridad, mientras que el apelante carece de vivienda propia e independiente, al residir en el domicilio de su compañera sentimental. Por el contrario, la apelada mantiene la vivienda familiar con el préstamo hipotecario satisfecho y una desproporcionada pensión alimenticia y, además, 300 euros mensuales, de los que antes no disponía, añadiéndose que ni la edad de la actora —36 años—, ni su cualificación profesional —auxiliar de cocina—, ni las posibilidades de acceder a un empleo acorde con su formación —en una empresa propia—, constituyen impedimento para reincorporarse a su actividad laboral, no impedida por el horario escolar de los hijos, ni por el hecho de desarrollar un empleo en el mismo lugar de trabajo de su marido.

La apelada discrepa de los expuestos fundamentos del recurrente, señalando que la misma no ha trabajado desde hace nueve años y cuando lo hizo fue de modo temporal y durante tres meses y que se ha dedicado al cuidado de los hijos comunes, sin que sea posible obtener el trabajo inmediato a que alude el recurso, porque habría de ser bajo la dependencia y supervisión laboral de su ex marido y de la compañera sentimental de éste, ambos administradores de las sociedades.

Como viene manteniendo esta Audiencia Provincial en reiteradas Sentencias —por todas la de 13 de noviembre de 2002—, la pensión compensatoria pretende, en cierta medida, perpetuar tras la ruptura de la convivencia conyugal la situación económica habida durante la misma, debiéndose probar el desequilibrio por quien lo invoca a fin de poder comparar el *status* económico del matrimonio con la situación económica del cónyuge que pide la pensión tras la crisis matrimonial, de forma que no procede el reconocimiento de la pensión cuando los cón-

yuges llevan varios años separados de hecho. Ha de añadirse a lo anterior que no es posible confundir la pensión aludida y el derecho a la prestación de alimentos, que tiene distinto origen y fundamento, refiriéndose la primera al desequilibrio económico experimentado por uno de los cónyuges como directa derivación de la ruptura convivencial, en tanto que los alimentos se contraen a todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, más la educación e instrucción del alimentista y los gastos de embarazo y parto (artículo 142 del Código Civil), siendo por eso que el Tribunal Supremo dijera en sus sentencias de 29 de junio de 1998 y 23 de septiembre de 1996 que por su propia naturaleza, características y manera de fijarla no puede de hecho y jurídicamente confundirse la pensión compensatoria con la prestación de alimentos. Siendo requisito indispensable del derecho a la pensión compensatoria la producción del desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, según exige el artículo 97 del Código Civil, ese desequilibrio debe acreditarlo quien lo alega para demostrar que como consecuencia de la ruptura convivencial se le ha producido un empeoramiento con respecto a la situación que venía teniendo durante el matrimonio. Resta por decir que la generalidad de las Audiencias Provinciales, incluida ésta de Cuenca, ha venido entendiendo que si bien el artículo 97 del Código Civil no alude a la limitación temporal de la pensión compensatoria, tampoco la excluye, por lo que el reconocimiento de la pensión por tiempo limitado resulta adecuado en casos en que la beneficiaria de la medida se encuentra en condiciones de incorporarse al mercado laboral. Ha de advertirse también que es comúnmente aceptado, y así se ha pronunciado con reiteración esta Audiencia Provincial, que si los cónyuges vienen manteniendo una separación de hecho prolongada y no interrumpida con reanudaciones de la convivencia, con vidas independientes y absoluta independencia económica resulta improcedente la pretensión relativa al reconocimiento de una pensión compensatoria. Sin embargo, tal situación no es la contemplada en el supuesto enjuiciado, ya que, como resulta de la prueba practicada, el esposo ha venido haciendo entrega de cantidades de dinero para el levantamiento de las cargas familiares, el sustento de la que ha sido su esposa y de los hijos comunes y el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar.

El motivo del recurso debe decaer al haber perecido los fundamentos que lo sustentan, pues ya ha quedado establecida la procedencia de que la actora apelada se haga cargo del levantamiento de la mitad del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar y la pensión alimenticia a favor de los hijos impuesta en la sentencia debe ser reducida en la mencionada forma. De otro lado, la incorporación inmediata de la apelada al mercado laboral, del que ha estado separada desde que contrajo matrimonio hace 16 años, salvo siete meses en dos esporádicas ocasiones, se revela como de imposible realización, siendo especialmente inaceptable que se pretenda el desempeño de la profesión de auxiliar de cocina en las empresas de las que son administradores el apelante y su compañera sentimental, pues en modo alguno podría imponerse un ejercicio de actividad tan vejatorio y expuesto a conflictos de impredecibles consecuencias. Siendo cierto que la actora tiene 36 años de edad y que el ejercicio de la profesión de auxiliar de cocina no requiere especial cualificación, sin embargo el tiempo de duración del matrimonio y la falta de una casi total actividad profesional durante ese tiempo conducen a confirmar la decisión al respecto de la Juez de la instancia, pues no puede exigirse que tras ese largo paréntesis temporal venga obligada la apelada a incorporarse de inmediato a cualquier trabajo y en el sitio que sea, sino que este cambio de *status* requiere un tiempo, que la Juzgadora de instancia fija prudencialmente en cinco años como máximo, durante el cual deviene certera la pen-

sión establecida de 300 euros mensuales, esto en atención a la disminución de la pensión de alimentos fijada a favor de los hijos y a la propia pretensión de la actora de cargar con la mitad de los gastos del préstamo hipotecario de la vivienda familiar. Es por todo ello que el presente motivo debe ser objeto de rechazo.

6. *No procede la extinción de la pensión compensatoria ni su limitación temporal al no haberse acreditado que haya desaparecido el desequilibrio ni que la esposa haya incurrido en desidia en la búsqueda de independencia económica.*

AP SALAMANCA, Sentencia de 19 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso García del Pozo.

Se recurre en apelación por el demandante Don Evaristo la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 1 de esta ciudad con fecha doce de noviembre del pasado año, que declaró la disolución por divorcio del matrimonio formado por dicho demandante y la demandada Doña Estela, manteniendo los mismos efectos de carácter personal y económico acordados de mutuo acuerdo en el convenio regulador de la separación matrimonial, con las correspondientes actualizaciones respecto a la pensión de alimentos y compensatoria, salvo lo relativo a la guarda y custodia que por efecto legal afectará tan sólo al hijo menor Juan Manuel, respecto del que compartirán ambos padres la patria potestad y comunicándose padre e hijo cuando libre y mutuamente convengan. Y se interesa en esta segunda instancia por dicho recurrente, con base en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso de apelación, la revocación parcial de la mencionada sentencia a fin de que, conforme a lo interesado en la demanda, se acuerde la extinción de la pensión compensatoria a favor de la demandada con efectos desde la presentación de la demanda, o subsidiariamente se limite a un año a contar desde el mismo momento, y se reduzca la cuantía de los alimentos para los hijos Lorenzo y Evaristo a la cantidad de 90,00 euros mensuales para cada uno de ellos a abonar directamente a los mismos.

Como ya señalamos en las sentencias dictadas con fecha 29 de junio de 1999, 23 de febrero de 2001 y 20 de octubre de 2003, entre otras, la pensión regulada en los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil se caracteriza por constituir una prestación compensatoria que tiende a evitar que la separación o el divorcio supongan para uno de los cónyuges un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado durante el matrimonio, o, mejor, en el último período de normalidad matrimonial, de donde se desprende que el desequilibrio económico del cónyuge que reclama la pensión en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, ha de existir en el momento y ha de producirse con la ruptura de su convivencia conyugal, sin que las circunstancias sobrevenidas o las alteraciones posteriores den derecho a pensión si no lo hubo en aquel momento (SAP de Bilbao de 15 de septiembre de 1982).

La pensión compensatoria no presupone, como los alimentos entre cónyuges, una situación de necesidad en el acreedor, sino la

constatación de un efectivo desequilibrio económico en perjuicio suyo, lleve o no aparejada aquella situación de necesidad. Pero, concurriendo el referido presupuesto legal, esto es, el desequilibrio económico consecuente con la separación o divorcio, la pensión compensatoria reclamada ha de ser judicialmente establecida, sean cuales fueran la edad y estado de salud de los esposos, su cualificación profesional, sus cargas familiares y la duración del matrimonio, que el Código Civil menciona en el artículo 97, no como factores determinantes de su otorgamiento, sino como circunstancias a ponderar para la determinación de su cuantía.

Son, pues, presupuestos necesarios para que nazca el derecho a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil: a) la existencia de un desequilibrio económico que compensar, entendiendo por tal el descenso que la separación o el divorcio ocasionan en el nivel de vida de uno de los esposos en relación al que conserva el otro, lo que impone comparar las necesidades de cada cónyuge separado y los recursos que posee para satisfacerlas, recursos que de modo orientativo vienen determinados en el referido precepto; y b) que tal desequilibrio implique un empeoramiento en la situación que se tenía en el matrimonio, empeoramiento que debe referirse al momento de la ruptura matrimonial y las circunstancias a valorarse según lo acreditado en autos, sin perjuicio de que, existiendo posteriormente una variación esencial de las mismas, pueda solicitarse su modificación (SSAP de Bilbao de 23 de octubre de 1986 y de Barcelona de 9 de diciembre de 1986, entre otras).

Por consiguiente la supresión y consiguiente extinción del derecho a la pensión compensatoria establecido a favor de la esposa demandada en la sentencia de separación matrimonial, y que ahora interesa el esposo recurrente, únicamente procederá si por éste se acredita debidamente que ha desaparecido aquel desequilibrio económico, que fue la causa que lo motivó, tal y como establece el artículo 101 del Código Civil, por cuanto ni se ha alegado ni concurre ninguna de las otras dos causas previstas en el mismo, esto es, el haber contraído nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona.

En cuanto al límite temporal de la pensión compensatoria, cuya fijación solicita el ahora recurrente, hay que señalar, como se dijo en la Sentencia de 15 de enero de 2001, que es cierto que no se puede concebir la pensión compensatoria como una especie de pensión vitalicia, a la que supuestamente se tendría un derecho absoluto, incondicional e ilimitado en el tiempo, en todo caso, pues tal planteamiento significaría aceptar que la referida pensión tiene su origen y significación única en el hecho de trascendencia jurídica representado por un anterior matrimonio, y significaría también, consecuentemente, admitir, que la sola celebración del mismo llevaría incorporado (para uno y otro cónyuge) algo equivalente a un derecho o beneficio futuro y vitalicio a cargo del otro cónyuge. La concepción actual impone concebir la pensión compensatoria como un derecho relativo, condicional y circunstancial; un derecho relativo y circunstancial por cuanto dependerá de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; y un derecho condicional por cuanto una modificación concreta de las circunstancias en que la pensión fue concedida puede determinar su modificación o incluso extinción, como prevén expresamente los artículos 100 y 101 del Código Civil, por lo que tampoco puede predicarse de tal derecho su carácter de ilimitado en el tiempo una vez reconocido en la sentencia de separación matrimonial o divorcio.

Pero viene entendiendo esta Sala —sin desconocer la existencia de resoluciones en sentido contrario y lo controvertido del problema—, que ello no permite el establecimiento de antemano de un tiempo de duración de la misma, por cuanto tal extremo no se halla expresamente previsto en el artículo 101 del Código Civil al establecer las causas de extinción de tal derecho, y porque no será fácil determinar el plazo en el cual pueda

estimarse debidamente compensado el cónyuge que, por la separación o divorcio, haya sufrido el desequilibrio económico tenido en cuenta para el reconocimiento del derecho a su favor, salvo, claro es, la concurrencia de circunstancias especialísimas que así permitan establecerlo, y que han sido las tenidas en cuenta en algunas resoluciones en que se ha establecido un plazo de devengo.

Es cierto que, conforme a lo dispuesto en el artículo 90, párrafo penúltimo, del Código Civil, las medidas judicialmente adoptadas en los procesos de separación o divorcio, o incluso las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio, pero para ello será necesario, según señala el mismo precepto legal, que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias, lo que implica: 1.º) que haya existido, y se acredite debidamente, una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta por los cónyuges, o por el Juez, para la adopción de las medidas establecidas en el convenio regulador de la separación o del divorcio, o en la correspondiente resolución judicial, de tal manera que las existentes al tiempo de solicitar la modificación de aquellas medidas sean distintas de las existentes al tiempo de su adopción; 2.º) que dicha modificación o alteración de las circunstancias sea sustancial, es decir, de tal importancia que haga suponer que, de haber existido tales circunstancias al momento de la separación o del divorcio, se hubieran adoptado medidas distintas, al menos en su cuantía por lo que hace a las prestaciones económicas; 3.º) que tal modificación o alteración de circunstancias no sea esporádica o transitoria, sino que se presente con caracteres de estabilidad o de permanencia en el tiempo; y 4.º) a lo que ha de añadirse también que la referida modificación o alteración de circunstancias no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas, sustituyéndolas por otras que resulten más beneficiosas al solicitante.

Expuesta la doctrina general relativa a las cuestiones planteadas, entrando ya en el examen concreto de las pretensiones del recurrente, la primera de ellas, según se señaló al principio, consiste en que se acuerde la extinción del derecho de pensión compensatoria establecido a favor de la esposa demandada, o subsidiariamente que se limite el percibo de la misma al plazo de un año, con efectos en uno y otro caso desde el momento de la presentación de la demanda de divorcio origen del presente procedimiento.

Lo primero que ha de señalarse al respecto es que, al establecerse en el convenio regulador de la separación matrimonial, de común acuerdo por ambos cónyuges, una pensión compensatoria a favor de la esposa demandada Doña Estela por importe de 30.000 pesetas mensuales —que en el momento presente, con las actualizaciones igualmente pactadas, asciende a la cantidad de 45.240 pesetas—, ello indudablemente constituye una manifestación expresa de la existencia, a consecuencia de la separación matrimonial, de un evidente desequilibrio económico en perjuicio de la referida esposa. Por consiguiente, conforme al artículo 101 del Código Civil, para que pueda declarase la extinción de tal derecho de pensión será preciso que se haya acreditado la desaparición de aquel desequilibrio económico, cuya prueba obviamente incumbe al demandante al constituir el hecho fundamentador de su pretensión, según el artículo 217.2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y a tal efecto se viene a alegar por el ahora recurrente Don Evaristo, de un lado, que la demandada es titular de dos cuentas bancarias con un saldo total de 107.869,22 euros, y, de otro, que no ha sido diligente, sino más bien todo lo contrario, en la búsqueda de un empleo que pudiera proporcionarle la necesaria y suficiente independencia económica.

Pero, frente a tales alegaciones, se ha de señalar, en primer lugar, que, si bien es verdad que la esposa demandada figura como titular de dos cuentas bancarias, abiertas en

Caja Duero, con el saldo que se indica, no puede afirmarse con rotundidad la propiedad de la mismas respecto de los referidos saldos, pues sus rendimientos o intereses son ingresados en otra cuenta bancaria en la que aquélla no figura como titular, sino simplemente como autorizada para disponer; pero es que además ello no fue alegado siquiera como hecho a tener en cuenta en el escrito de demanda, en el que no se hizo la más mínima referencia a tal circunstancia, y por ello al venir a constituir una cuestión nueva impediría su misma consideración en esta alzada, de acuerdo con el artículo 456.1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, en segundo término, tampoco puede afirmarse que la demandada haya incurrido en desidia en la búsqueda de independencia económica, con la sola finalidad de mantener la pensión compensatoria a cargo del demandante, cuando está acreditado que aquélla, tras la separación matrimonial y además de cuidar de los tres hijos del matrimonio, cuya guarda y custodia se le confió, ha cursado con éxito los estudios universitarios de Diplomatura en Biblioteconomía, ha hecho incluso prácticas correspondientes a tal especialidad, y ha figurado inscrita en el INEM como demandante de empleo; más bien, por el contrario, puede deducirse que, a pesar de su interés, si no ha obtenido trabajo, lo ha sido por las condiciones del mercado laboral.

Por tanto, si no se ha acreditado la desaparición del desequilibrio económico, ni tan siquiera la desidia que se imputa a la esposa en la búsqueda de la independencia económica, es indudable que no puede acordarse la extinción de la pensión compensatoria establecida en el convenio regulador de la separación matrimonial, ni tampoco la fijación de un límite temporal por no darse en este momento ninguna especial circunstancia que así pudiera aconsejarlo.

VII. CUESTIONES PROCESALES

1. *Improcedencia de incluir dentro de los pronunciamientos de la sentencia una condena a uno de los cónyuges por el impago de la dote pactada en un matrimonio contraído por el rito islámico.*

AP CASTELLÓN, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de enero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Marco Cos.

Recurre la demandada Doña Penélope la sentencia dictada en la instancia que, a la vez que acordó el divorcio del matrimonio celebrado en su día entre el actor Don Alonso y aquélla, denegó las peticiones formuladas por la recurrente con carácter complementario, relativas a la concesión de una pensión mensual de 50.000 ptas. durante tres años y a la condena del demandante al pago de la dote de 3.000.000 ptas. que se dice pactada en su día.

Con carácter previo y a la vista del contenido del escrito de preparación del recurso presentado en el juzgado de instancia, hemos de decidir si procede el examen de la apelación interpuesta, dado el carácter de orden público que tienen las normas rectoras del proceso y la posibilidad de su aplicación de oficio por los tribunales.

Como ya dijimos en nuestra Sentencia núm. 53 de 28 de febrero de 2003, debe

prestarse atención a la nueva disciplina del recurso de apelación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que regula el procedimiento, por cuanto la proyección de la nueva normativa al presente caso, en relación con el contenido de los actos procesales de la parte recurrente, sirve tanto para delimitar el ámbito de esta resolución como, en su caso, para decretar la inadmisibilidad del recurso.

A diferencia de la normativa precedente, la nueva regulación procesal distingue dos momentos, cuales son el de preparación y el de interposición del recurso, de lo que se ocupan los artículos 457 y 458 de la LEC de 2000, respectivamente. Desde la preparación del recurso queda claro qué concreto pronunciamiento se impugna, pues así lo dice el artículo 457.2 de la LEC al ordenar que en el escrito de preparación debe hacer quien lo presenta "expresión de los pronunciamientos que impugna", reservándose las razones de la apelación para el escrito de interposición. En suma, en el escrito de preparación se fija el marco al que ha de atenerse el siguiente paso encomendado a la parte recurrente, como señala la doctrina procesalista (Cordón Moreno y otros: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Volumen I, pág. 1565). Como dice la SAP Asturias (Secc. 5.ª) de 20 de julio de 2001, citando autorizada doctrina procesalista (Montero Aroca, Flors Maties) el acto procesal de la preparación cumple un doble objetivo: 1.º) comunicar al órgano jurisdiccional la decisión de recurrir y 2.º) delimitar desde un principio los pronunciamientos de la resolución recurrida que se someterán a debate y a la decisión del órgano *"ad quem"*.

Pues bien, en el presente caso son varios los pronunciamientos de la sentencia de instancia, como es de ver en el texto de su Fallo. Por una parte, se acuerda la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes y, por otra, se deniegan las medidas solicitadas por la ahora recurrente y consistente, como ya hemos dicho, en la concesión de una pensión alimenticia mensual de 50.000 ptas. durante tres años y la condena de Don Alonso al pago de las 3.000.000 ptas. que dice Doña Penélope fueron pactadas en su día en concepto de dote. Sin embargo, y pese a que lo contrario se diga en la providencia del juzgado de 28 de abril de 2003, no cumplió la recurrente con lo ordenado en el mentado artículo 457.2 de la LEC, pues se limitó a decir en ese escrito de preparación del recurso que pretendía apelar por ser la sentencia dictada contraria a Derecho y perjudicial para sus intereses.

Una rigurosa aplicación de la vigente normativa legal conduciría a la desestimación sin más del recurso, al adolecer el mismo de la indicada causa de inadmisibilidad. Sin embargo, a la vista de que ya en el desarrollo del escrito de interposición especifica la parte recurrente sus concretos desacuerdos con la sentencia de primer grado, procederemos al examen del mismo, siquiera con el objeto de proporcionar una respuesta sobre el fondo de la pretensión y extremar el grado de dispensa de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución. Y ello, pese a que ni siquiera en el Suplico de dicho escrito se precisa el objeto del recurso, pues sólo se pide la revocación de la sentencia recurrida, pero no se indica en qué sentido se pretende dicha revocación.

No obstante lo dicho, la lectura de dicho escrito permite verificar que, conforme la recurrente con la decisión judicial de disolver por divorcio el matrimonio que contrajo con el actor el día 10 de noviembre de 2000 y aquietada a la denegación de conceder a su favor y a cargo del demandante una pensión mensual de 50.000 ptas. durante tres años, limita su pretensión en esta alzada a la condena de Don Alonso al pago de las 3.000.000 ptas. que, según dice, pactaron como dote al contraer matrimonio.

Así acotado el objeto del recurso y, con ello, de la presente resolución, queda el mismo concretado al examen de la pertinencia de la pretensión de la demandante de que en esta alzada sea Don Alonso condenado al pago de las 3.000.000 ptas. (ó 18.000 euros) que dice se pactó como dote a cargo del es-

poso cuando ambos contrajeron matrimonio islámico el día 2 de febrero de 1999 en la Embajada en España de la República de Irán (folio 44).

No procede la estimación de tal pretensión, por las mismas y acertadas razones ya expuestas en la sentencia de primer grado. Cada una de las que a continuación se indica es suficiente por sí sola para el rechazo de la pretensión de la recurrente.

1. Puesto que en un proceso matrimonial nos encontramos, hemos de abordar la petición de referencia desde la perspectiva a que nos obliga la clase de procedimiento en cuyo ámbito se deduce, por lo que habremos de pronunciarnos acerca de si procede su estimación como medida complementaria a la decisión básica sobre la disolución del vínculo conyugal (artículo 91 del CC).

Desde esta perspectiva, no procede otorgar fuerza vinculante a un sedicente compromiso adquirido al contraer un matrimonio que no puede surtir efecto alguno con arreglo a la ley española.

En primer lugar, siendo los contrayentes de distinta nacionalidad al contraer matrimonio (español el esposo e iraní la esposa), celebrado el matrimonio en España por quienes entonces residían en este país y continuaron haciéndolo con posterioridad, los efectos del mismo deben ajustarse a la ley española, como consecuencia de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código Civil. Y, como es bien sabido, nuestra legislación no regula en la actualidad la institución de la dote.

En segundo término, no puede surtir efecto alguno con arreglo a la ley española un matrimonio que ni se contrajo con arreglo a la misma (arts. 49 y ss. del Código Civil) ni, en el caso de que se entienda contraído con arreglo al rito islámico y por ello boda religiosa (art. 49.2 del CC), no llegó a tener acceso al Registro Civil con arreglo a lo expresamente previsto en los artículos 59 al 61 del Código Civil, en relación por lo que al caso respecta con lo dispuesto en la Ley 26/1992, de recepción en sede legislativa del Acuerdo del Estado con la Comisión Islámica de España.

2. Desde otra perspectiva, no pueden surtir efectos los contenidos de los artículos del Código Civil de la República de Irán que, relativos a la dote, invoca la apelante, por cuanto no se ha cumplido con los criterios jurisprudenciales relativos a la aplicación del artículo 12.6 del Código Civil.

Como ha recordado esta misma Sala en su núm. 478 de 8 de septiembre de 2000, respecto de la acreditación de la vigencia de la Ley extranjera ya dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1975 que "por lo que respecta a la alegación y prueba de la legislación extranjera en nuestra patria esta Sala se ha venido pronunciando siempre de manera reiterada y uniforme [...] proclamando: a) Que las leyes extranjeras pueden ser alegadas como medios de prueba ante los Tribunales españoles —SS de 13 de junio de 1885 y 26 de mayo de 1887—, b) Que la cita aislada de artículos de códigos extranjeros no es suficiente para justificar la obligación en ellos determinada —S 12 de julio de 1904—; c) Que hay que acreditar la existencia y el sentido de la ley que se invoca por medio del dictamen de dos jurisconsultos de dicha nación, debidamente legalizado —SS de 13 de enero y 12 de mayo de 1887 y 19 de noviembre de 1904—, d) Que es principio mantenido por la Jurisprudencia patria que es preciso que se interese en juicio la aplicación de leyes extranjeras, que se justifique lo que la Jurisprudencia del país tenga establecido, y que es insuficiente la cita aislada del código vigente en aquella nación, cuya exégesis no incumbe a los Tribunales españoles, ya que es necesario probar, no sólo la exacta entidad de tales normas de vigencia actual, sino también el sentido, alcance e interpretación asignados por los Tribunales del respectivo país —S de 30 de junio de 1962—; e) Que se pruebe el derecho extranjero con certificación legalizada del consulado y aclarado

su concepto por dos juristas de esa nacionalidad —S de 28 de octubre de 1968—).

No son distintos los criterios de la Jurisprudencia posterior. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1993 dice que la posibilidad que en el citado último inciso del art. 12.6 del CC "se otorga a los Tribunales para inquirir... no es en realidad otra cosa que eso, una posibilidad, cuyo desarrollo o ejercicio por parte de los mismos tiene un carácter complementario de la directamente atribuida por el precepto a los que invoquen la aplicación del Derecho extranjero, que son los directamente obligados a ello". Y dice la STS de 31 de diciembre de 1994 que mientras las normas de conflicto sí se aplican de oficio (primer párrafo del artículo 12.6 del CC), en cuanto que, como normas de reenvío, se limitan a señalar cuál es el derecho material o sustantivo aplicable a determinada relación jurídica controvertida, no sucede lo mismo con el derecho material, que no debe ser determinado por el Tribunal, citando en este sentido la anterior Jurisprudencia (SS 9-1-1936 y 3-2-1975) en el sentido de que quien invoca el Derecho extranjero debe acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso. En el mismo sentido cabe citar las recientes SSTS de 25 de enero y 9 de febrero de 1999).

Y es claro que en el presente caso no se han cumplido tales exigencias, pues como prueba de la vigencia, alcance y contenido del Derecho extranjero que se invoca sólo se ha traído una comunicación de la Embajada Iraní relativa a la validez de los matrimonios celebrados en dicha embajada y una breve referencia a los preceptos reguladores de la dote, junto con una traducción de los mismos (folios 44 al 52). Podrá estar la Autoridad iraní habilitada para declarar la validez de tales matrimonios con arreglo a su propia legislación, pero no para aventurar que la tengan en España.

Por lo tanto, no es de aplicación por este tribunal el Derecho Civil iraní que se invoca.

3. Finalmente, y por si no bastara lo ya dicho, no podemos olvidar que, como ya dice la sentencia recurrida, en el presente procedimiento hemos de pronunciarnos acerca de la procedencia de las medidas que, solicitadas, sean complementarias de la decisión judicial de divorcio. Y es bien claro que no lo es la relativa al pago de la dote, no sólo porque, como ya se ha dicho, se pactó en el ámbito de una celebración matrimonial que no puede surtir efectos civiles en España, sino también porque se convino como consecuencia del mismo matrimonio, por lo que nada tiene que ver con su disolución, de la que por ello no puede ser consecuencia ni, por lo tanto, cabría en el ámbito del presente procedimiento.

2. *La sustanciación de un procedimiento de nulidad ante la jurisdicción canónica no impide que pueda pedirse simultáneamente la disolución del matrimonio por divorcio, no existiendo por tanto litispendencia.*

AP LEÓN, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Ángel Peñín del Palacio.

La sentencia de instancia estima la acción de divorcio ejercitada en la demanda por el transcurso acreditado de la falta de convivencia entre los esposos durante más de dos años ininterrumpidos que señala el artículo 86-3.ª del Código Civil. Sin embar-

go no hace referencia a la excepción de litis pendencia alegada por la parte demandada en el acto del juicio y desestimada en el mismo por la juzgadora *a quo,* siendo ello el único motivo del recurso de apelación que interpone la representación procesal de Don Abelardo, quien insiste como ya hizo en la instancia, invocando la referida excepción de litis pendencia, toda vez que actualmente se halla pendiente de sentencia ante el Tribunal Eclesiástico Provincial el proceso de nulidad matrimonial instado por ambos cónyuges.

La referida excepción no es posible su acogimiento porque como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1995: "La litis pendencia ha de acogerse cuando un proceso Civil sea perjudicial respecto a otro de igual naturaleza, aunque las acciones ejercitadas sean diferentes, pues si no se diera la excepción se dividiría la continencia de la causa y podrían producirse sentencias contradictorias, de imposible ejecución simultánea, cual dice la Sentencia de 17 de mayo de 1975 que es lo que trata de evitar la excepción; es decir, la excepción ha de ser apreciada cuando el pleito anterior interfiere o prejuzga el segundo pleito. La Sentencia de 22 de junio de 1987 señaló que, para exclusión del segundo proceso por pendencia del anterior, se requiere "una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió —se va a resolver— y lo que de nuevo se pretende, de tal manera que no puedan existir en armonía los dos fallos, lo que solamente se pone de manifiesto cuando los litigantes nuevamente, bajo el pretexto de variar los razonamientos, de ocultarlos o dividirlos para alegarlos en otros juicios, promueven otros pleitos." Y la de 7 de noviembre de 1992 insiste en que "el examen de los pedimentos es revelador de que si bien en su contexto puramente gramatical pudieran parecer distintos a los suplicados en el pleito inicial, en realidad son absolutamente complementarios, de tal modo que existe interdependencia entre unos y otros..." y "cuanto antecede lleva a considerar que entre uno y otro procedimiento concurre también la identidad objetiva, lo cual conduce, en definitiva, a apreciar una relación de medio a fin entre ellos y a estimar una sustancial semejanza entre las cuestiones debatidas en los mismos, de tal modo que de no aceptarse la existencia de litispendencia, cabría, como posible, dar lugar a sentencias contradictorias".

Aplicando al caso de autos la anterior doctrina resulta que porque los cónyuges hayan instado la nulidad del matrimonio canónico ante la jurisdicción eclesiástica, nada impide que puedan pedir simultáneamente la disolución de su matrimonio por causa de divorcio ante los Tribunales Civiles, pues un proceso no interfiere para nada en el otro, ni lo que se decida por la jurisdicción civil influye para nada en la decisión que tomen los Tribunales de la Iglesia, y no cabe por tanto que se produzcan sentencias contradictorias ya que la jurisdicción civil y la eclesiástica nada tienen que ver en esta aspecto, ni interfieren como decimos la una en la otra. Pues pudiera darse el caso de que concedido el divorcio civil del matrimonio, la jurisdicción eclesiástica no decretase la nulidad del matrimonio canónico solicitada y que según parece se halla pendiente de sentencia. Es más, aun concedida la nulidad del matrimonio canónico, para que dicha nulidad tenga efectos civiles, se precisa que la sentencia que la declare sea homologada por la jurisdicción civil de conformidad con lo dispuesto en el vigente artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y podría darse el caso de que esa homologación no tuviese lugar. No es posible por tanto en el caso de autos que la decisión canónica que pueda recaer interfiera para nada la decisión de la jurisdicción civil sobre el divorcio solicitado, requiriéndose además para que la primera tenga eficacia civil, su homologación por los Tribunales de este orden.

El recurso de apelación en definitiva debe ser desestimado.

3. *Si la prueba acordada en el plazo de 30 días es la aportación de uno o varios documentos, no está previsto en la ley que tras la unión del mismo se conceda a las partes la posibilidad de hacer alegaciones sobre dicha prueba.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Efectuadas estas precisiones previas, debemos analizar la petición de nulidad de actuaciones y retroacción de las mismas al momento anterior a la providencia de 19-5-2003, dado que interrumpido el juicio al amparo de lo establecido en el art. 770-4 de la LEC, la juzgadora declaró los autos conclusos para sentencia, al recibir el informe del Equipo psicosocial, al amparo de lo dispuesto en el art. 158 del CC aún estando pendiente la prueba de alguna prueba, lo que supone vulneración de normas esenciales e imperativas, entre las que se encuentran la falta de documentos probatorios de tal importancia que duren los que llevaron al Juzgado de Valencia n.º 24 a atribuir la custodia al padre en las medidas previas de separación, y más aún que se prescinda de la fase de continuación del juicio para someter a contradicción el informe del Equipo técnico.

El motivo deviene inaceptable. Ciertamente el TC. 2-2-1990, 1-10-1990 y 10-1-1992, tiene declarado que el art. 24.1 de la CE contiene un mandato explícito al legislador —y al intérprete— consistente en promover la defensión en la medida de lo posible mediante la correspondiente contradicción. De tal mandato, pues, se deriva el deber positivo de corregir cualquier situación que pueda calificarse como indefensión, concepto este que constante jurisprudencia constitucional identifica con "aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los "órganos judiciales".

El Tribunal Supremo, en igual dirección en S. 10-6-1992, ha señalado que la indefensión prescrita por el art. 24.1 de la CE y la material, esto es, la que se traduce en una real privación o limitación del derecho de defensa, como directa consecuencia de una acción u omisión del órgano judicial, y en las SS. 27-2-1989 y 10-12-1991, que no es bastante el quebrantamiento de una norma esencial del procedimiento si no va acompañado de indefensión.

Doctrina aplicable a la nulidad de pleno derecho de los actos procesales del art. 238-3 de la LOPJ y en este sentido se pronuncia el TC S. 1-10-1990 al decir que "no toda infracción o vulneración de normas procesales puede producir indefensión en sentido jurídico-constitucional, sino que ésta sólo tiene lugar cuando se priva al justiciable de alguno de sus instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado", afirmando la S. TS. 22-10-1990 que el quebrantamiento formal, la inaplicación de la norma procesal o incluso su inadecuada interpretación, salvo casos extremos, son condición necesaria para estimar producida la lesión de un derecho que como el de tutela judicial efectiva, es de configuración legal, pero no son, sin más, condición suficiente de dicha lesión, que precisa se haya creado, además una situación material de indefensión.

Por ello el TC. ha declarado con reiteración que la indefensión es una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, que se traduce en el impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y en su caso, justifica unos intereses de parte, siendo misión de los Jueces y tribunales vigilar para que no se produzcan tales situaciones de indefensión y procurar en todo momento su tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de la CE (SS. 15-10-1987, 8-6-1988, 1-2-1989, 22-3-1991).

Pues bien en el caso de autos, la providencia de fecha 19-5-2003 que al recibir el informe del Equipo Psicosocial, acordó poner su contenido a disposición de las partes, y a la vista de la valoración y conclusiones que contenía, al amparo de lo dispuesto en el art. 158 del CC, declarar conclusos los autos para dictar sentencia, sin perjuicio de la documentales pendientes de cumplimentar, por no precisarlas esta Juzgadora para la resolución del litigio y exigir el interés de la menor la pronta resolución del mismo", no infringió norma alguna causante de indefensión.

En efecto, finalizada la vista, con carácter general, el art. 185.4 de la LEC establece un trámite final de alegaciones para rectificar hechos o conceptos y sobre el resultado de las pruebas. En los procesos matrimoniales, existiendo la posibilidad de acordar las pruebas en un plazo máximo de 30 días, no tiene mucho sentido este trámite final de alegaciones, si no se han practicado todas las pruebas acordadas, siendo más razonable hacer las conclusiones el día señalado para la práctica de las que no se han podido practicar en el acto. Pero si la prueba acordada en dicho plazo es la aportación de uno o varios documentos, no está previsto en la ley que tras la unión del mismo se conceda a las partes la posibilidad de hacer alegaciones sobre dicha prueba, como ocurría en la LEC anterior aplicación del art. 342 y como ocurre en la LEC actual para las diligencias finales en el juicio ordinario en el art. 346, precepto que no parece pueda aplicarse al proceso matrimonial. En el trámite parlamentario no fue aceptada una enmienda del Grupo Socialista que pretendía que se fijara un trámite de conclusiones aunque limitada respecto a aquellas pruebas que se hubiesen practicado de oficio. Por tanto, el trámite de resumen de pruebas o de conclusiones se llevará a cabo en la vista al finalizar las pruebas que se hayan practicado pero no se contempla en la ley un trámite de conclusiones para las pruebas documentales que se hayan acordado en el plazo de 30 días.

A mayor abundamiento la S.TC. 39/1988 al explicar el régimen del art. 11.3 de la LOPJ en materia de nulidad se refiere, junto a la reducida tasa de causas de nulidad, a la consagración del principio de conservación de los actos procesales que aparece con claridad en los arts. 241 y 242 de la LOPJ y al principio de la subsanación de los defectos procesales que posean este carácter que resulta del art. 11 y del art. 243 de la LOPJ debiéndose permitir en cuanto sea posible la subsanación del vicio advertido (SS. 49/1989 y 213/1990). Por ello el nuevo régimen de la nulidad de actuaciones, como expresión del afán del legislador porque se alcance en el menor tiempo de los autos al tribunal de instancia, el art. 465 otorga un nuevo tratamiento o la nulidad de actuaciones, con el mandato de que sean subsanadas en la alzada las infracciones procesales que se hayan producido, tanto en la tramitación en la instancia como en la propia sentencia. Cual ha acontecido en el presente caso, en el que no puede entenderse producida indefensión alguna por la unión del informe del Equipo técnico y dictado de sentencia, sin continuación del juicio —trámite no previsto— y sin haber llegado a los autos la documental consistente en las medidas previas 28/02 y ejecución títulos judiciales 251/03 Juzgado 1.ª instancia 24 Valencia, prueba que fue unida con posterioridad a los autos, al igual que la practicada en la alzada, con la consiguiente subsanación y con la posibilidad para la parte recurrente de alegar y justificar sus intereses con plena vigencia del principio de contradicción.

4. *A pesar de que con el divorcio se extinguió la pensión compensatoria de la esposa por convivencia marital, no procede condenar en costas a la esposa ya que se mostró conforme con el divorcio.*

AP CÁDIZ, Sec. 6.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2004.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis de Diego Alegre.

Respecto del pronunciamiento de las costas en instancia, debe señalarse la práctica habitual de su no imposición en materia de familia, toda vez que no cabe su satisfacción extrajudicial, sino que es necesario instar la declaración al órgano judicial correspondiente y menos en un caso como el presente en que la demandada se ha mostrado conforme con el divorcio planteado a instancia del Sr. Marcos, por lo que no debe aplicarse el principio de vencimiento objetivo previsto en el art. 394 de la LEC. Por lo tanto procede revocar la sentencia de instancia respecto del pronunciamiento de costas, sin imposición a ninguna de las partes y dada la estimación parcial del presente recurso conforme al art. 398.2 de la LEC no se imponen las costas del mismo.

VIII. REGÍMENES ECONÓMICOS

1. *Improcedencia de introducir nuevos bienes en el activo de la sociedad en el acto de la vista cuando no se alegó nada respecto a dichos bienes en la diligencia de inventario.*

AP GRANADA, Sec. 3.ª, Sentencia de 27 de enero de 2004.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaró Lazcano.

En la Diligencia de Inventario de Bienes Comunes del Matrimonio, con asistencia de los cónyuges, sus Procuradores y Letrados, mostraron su conformidad en cuanto al activo de la Sociedad, con las salvedades efectuadas no objeto del presente recurso, por lo que no suscitada controversia respecto al mismo, no puede ser objeto de la vista ni de la subsiguiente tramitación prevenidas en el art. 809-2 de la Ley, no siendo de recibo que se pretenda extemporáneamente y precluido, por tanto, el momento procesal previsto para ello, incluir créditos a favor de la Sociedad de Gananciales, con cargo al marido, para compensar el pasivo en la cifra en que éste aparece como acreedor de la Sociedad citada. Ello es tan claro, que exime de mayores argumentaciones. Respecto de la cantidad de dos millones de pesetas, resulta acreditado documentalmente (Certificación de la Caja General de fecha 4-10-2002), que con fecha 20-9-1999 se traspasó de la cuenta NUM005, titularidad de ambos esposos y con disponibilidad solidaria o indistinta, a la C/ NUM006, titularidad de la madre y sus dos hijos y posteriormente de los hijos, estimándose se trata de una maniobra tendente a sustraer del activo dicha cantidad ganancial.

2. *No puede admitirse la pretensión de incorporar al inventario en el mismo acto de la vista otros bienes distintos a los que no se hizo mención en la diligencia de inventario, ya 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.*

AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, Sentencia de 5 de febrero de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª José Puedo Mateo.

Por Doña Bárbara se solicitó la liquidación de la sociedad de gananciales, siendo citados tanto ella como su ex cónyuge Don Blas a la formación de inventario, llegando al acuerdo, como se señala en el tercer antecedente de hecho de la resolución recurrida, de incluir en el activo de la sociedad de gananciales el trastero y la plaza de garaje y el mobiliario de la vivienda que fuera conyugal y en el pasivo, como crédito de Don Blas frente a la sociedad de gananciales, el importe de la cancelación del crédito hipotecario, disintiendo las partes sobre la vivienda sita en el piso NUM001 1 NUM002 2 de la C/ CALLE000 0, al sostener el Sr. Blas que la misma no había sido pagada en iguales porcentajes por ambos litigantes, manifestando haber abonado con dinero privativo y antes de la celebración del matrimonio 782.000 pesetas.

En cuanto al pasivo, se discrepa sobre la inclusión en el mismo de las cantidades abonadas por el Sr. Blas por obras necesarias del edificio donde se ubica la vivienda, por pago del IBI desde la fecha de la separación conyugal, por abono de gastos de comunidad de la vivienda, garaje y trastero y, finalmente, por gastos cargados en la cuenta corriente del Sr. Blas después de la separación.

Ante estas discrepancias se convocó a las partes a una vista a celebrar por los trámites del juicio verbal, tras la cual se dictó sentencia en la que la juzgadora *a quo* acordó, respecto a la vivienda, que debía incluirse en el activo como haber ganancial el 55,45% de su valor, siendo el otro 44,55% privativo del esposo. Asimismo incluyó en el pasivo, como deudas de la sociedad frente a Don Blas, 535,88 euros por IBI y 160,05 por pagos para obras de mantenimiento y conservación del edificio donde radica la vivienda familiar.

Frente a esta resolución interpuso Doña Bárbara a recurso de apelación, formulando impugnación el Sr. Blas.

La apelante recurre todos los pronunciamientos de la recurrida afirmando, en primer lugar, que los pagos realizados respecto a la vivienda antes de contraer matrimonio el 4-09-1983 fueron realizados por ambos litigantes, y estima que sobre esta cuestión la juzgadora *a quo* ha soslayado lo estipulado en el convenio regulador de la separación, en el que textualmente se acordaba: "Como quiera que la parte de precio aplazado de la vivienda familiar que resta por satisfacer se establece por convenio entre las partes como carga del matrimonio, al momento de efectuar la liquidación de gananciales las cuotas correspondientes a los cónyuges serán del 50% del valor de dicho inmueble, sin que quepa deducir de tal valor las cuotas hipotecarias pagadas por el esposo como consecuencia del pacto antedicho."

La precedente alegación, en cuanto con la misma se pretende sostener que ambas partes en el referido convenio expresamente dispusieron que la cuota de cada uno de ellos sobre la vivienda era del 50%, no es compartida por la Sala toda vez que de la lectura de aquella cláusula lo que se infiere es que estipulándose en el convenio que el

Sr. Blas continuaría abonando las cuotas del crédito hipotecario, ello no daría lugar, en la liquidación de la sociedad, a estimar que tales pagos constituían un crédito del esposo frente a la sociedad conyugal, mas no se abordaba en la cláusula el tema de los pagos realizados a cuenta del precio de la vivienda antes de contraer matrimonio.

Sentado lo anterior, el resto de alegaciones de la apelante se dirigen a estimar acreditado que tales pagos se realizaron por ambos litigantes, pues ambos firmaron el precontrato y reserva del piso, y tanto el documento privado de venta, como se infiere del obrante al folio 103, así como la memoria de calidades fueron firmadas por los dos litigantes, habiéndose firmado la escritura pública de compraventa cuando ya habían contraído matrimonio, y añade que en todo caso los pagos que la juzgadora reputa privativos no se corresponden con los recibos de los pagos aplazados convenidos con la constructora.

A la vista de estas alegaciones y teniendo en cuenta que la juzgadora *a quo* reputó como pagos realizados con dinero privativo por el Sr. Blas antes de contraer matrimonio 1.292.000 de los 2.900.000 pesetas en que se había estipulado el precio de la vivienda, lo que le llevó a fijar los porcentajes que se recogen en el fallo de su resolución, hemos de señalar que en el acto de formación de inventario el Sr. Blas cifró en 782.000 pesetas el importe de tales pagos y aunque posteriormente en el acto del juicio amplió esa cantidad, la Sala estima que la recurrida incurre en incongruencia al fijar los mismos en una cantidad superior y ello porque, como se señala en la Sentencia esta Audiencia Provincial, Sección 4.ª, de fecha 6-02-2003: "Cuando la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil regula la formación de inventario en esta clase de procedimientos, establece en el art. 794.4 que 'si se suscitase controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal'. En consonancia con ello, al plantear el demandado la inclusión de determinados bienes inmuebles en el inventario, acordó la Juzgadora de instancia, por providencia de 20 de febrero de 2002, convocar a los interesados a la vista prevista en el precepto antes citado 'que tendrá por objeto resolver sobre la petición formulada por el interviniente sobre la inclusión/exclusión en el inventario del/de los bien/es que en la misma constan'. Es decir, que tanto por así disponerlo el art. 794.4 como por haberlo establecido el Juzgado, el objeto de la vista se circunscribía al debate sobre los bienes que el ahora apelado había pretendido incluir en el inventario. De ahí que no pueda admitirse la pretensión de este último de incorporar al inventario en el mismo acto de la vista, otros bienes distintos a los que antes no se había hecho ninguna mención (saldos bancarios, rentas derivadas del uso y disfrute de los bienes hereditarios, ajuar doméstico), desconociendo cuál era el concreto objeto del procedimiento y situando a la otra parte en situación de efectiva indefensión al privársele de la posibilidad de preparar las alegaciones y prueba respecto a tales hechos, que hasta ese momento no conocía y no eran objeto de controversia. Lo que, en definitiva, habrá de traducirse en el acogimiento parcial del recurso sobre este particular."

En el presente caso no se trata de la liquidación de una herencia sino de la liquidación de la sociedad de gananciales, pero no cabe obviar el paralelismo existente entre el artículo 794.4 de la LEC y el 809.2 del mismo cuerpo legal.

La conclusión precedente nos hace circunscribir el tema de debate respecto a los pagos del precio de la vivienda a las 782.000 pesetas, importe que el Sr. Blas afirma haber satisfecho con el abono de dos letras, cuya copia se aportada a autos, y que aparecían firmadas por el mismo y libradas por la constructora que les vendió el piso, siendo su fecha de vencimiento 29 y 30 de junio de 1983, la primera por importe de

632.000 pesetas y la segunda de 150.000 pesetas.

Mas el examen de esos documentos lleva a la Sala a una conclusión diversa de la obtenida por la juzgadora *a quo* y ello por las siguientes consideraciones: 1.º) la cuenta en la que se dice que se cargaron las letras es la número NUM003 3, pues bien, suponiendo que el documento obrante el folio 132, consistente en una fotocopia de unos asientos de una cuenta, fueran los de aquélla vemos que el 28 de junio se hace ciertamente un cargo de 150.000 pesetas, pero la letra por la referida suma era de vencimiento 30 de junio de 1983 y curiosamente en ese extracto, que se prolonga hasta el 7-07-1983, no aparece ningún cargo por importe de 632.000 pesetas, no leyéndose en la copia ni siquiera cuál es el número de la cuenta cuyo extracto se fotocopia una vez exhibido el original (folio 137). A ello aún habría de añadirse que del examen de la documental suscrita por los litigantes con la Constructora M. y relativa a la adquisición de la vivienda no aparecen pagos que coincidan ni en fecha ni en cuantía con los importes de las dos letras, y de ello parece haber sido consciente el Sr. Blas al presentar el día del juicio el escrito obrante al folio 123, pretendiendo ampliar los hechos al amparo del artículo 286 de la LEC, instando la exclusión del activo del trastero y el garaje, señalando "Que durante el plazo de tiempo transcurrido desde la comparecencia celebrada el cinco de febrero de dos mil tres hasta la fecha mi mandante ha podido reunir nuevos documentos referentes a pagos hechos, y debido al largo tiempo transcurrido (las gestiones relativas a la adquisición de la vivienda empezaron en el año 1980) no puede determinar con exactitud si todas las cantidades abonadas lo fueron exclusivamente para la vivienda, creyendo que alguna partida podría haberse destinado al pago de reserva o de adelanto para la plaza de garaje y el trastero por lo que solicitamos que hasta una mayor determinación y clarificación por el Tribunal de las partidas se excluya del activo de la sociedad de gananciales el garaje y el trastero." Lo que la juzgadora *a quo* implícitamente no admitió al no pronunciarse sobre tales extremos en la sentencia, y a lo que expresamente se opuso la defensa de la Sra. Bárbara. Y aunque la parte apelada cita en su escrito de oposición e impugnación la sentencia de una Audiencia Provincial, que no concreta, de fecha 11-06-1999 y conforme a la cual el inventario es un punto de partida siempre provisional, no puede soslayarse que la nueva LEC regula el procedimiento para la liquidación de patrimonios y los términos de sus preceptos, a los que nos referimos en líneas anteriores con cita de la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial, son claros al respecto. En suma, a juicio de la Sala, de la prueba obrante se infiere la existencia de una voluntad conjunta de ambos litigantes de adquirir primero en comunidad de bienes y posteriormente para la sociedad de gananciales la vivienda litigiosa, sin que se haya probado en este proceso la realización de pagos privativos efectuados por el Sr. Blas, de modo que retrotrayéndonos al momento del inventario y observando de una lectura del acta que no se discute por la apelante la existencia de pagos antes del matrimonio por cuantía de 782.000 pesetas, aunque sí que los mismos fueran con dinero exclusivo del Sr. Blas, la Sala estima que procede declarar que el 73,04% del valor de la vivienda es ganancial y el 26,96% restante privativo de la comunidad de bienes formada por ambos litigantes, siendo la cuota correspondiente en la misma a cada uno de ellos del 50%.

Lo expuesto en líneas precedentes aboca asimismo a la desestimación de la impugnación, pues con la misma se pretende que se incluya en el pasivo de la sociedad el IBI correspondiente al año 2003, extremo al que se alude por primera vez en el escrito de impugnación, así como un crédito del impugnante por cuantía de 360.000 pesetas correspondientes, según afirma, a un desembolso realizado antes del matrimonio por la adquisición de la plaza de garaje, y finalmente 172.732 pesetas suma aportada, según dice, en el citado escrito de impugna-

ción al inicio de la sociedad de gananciales, aportación a la que no hizo mención en la Diligencia de Inventario y sí posteriormente en el escrito de 10 de marzo de 2003. Finalmente, solicita en la impugnación la inclusión en el pasivo de 215.000 pesetas que afirma fueron desviadas de la sociedad por Doña Bárbara. Debiendo recordar a la parte impugnante que los artículos que cita no desvirtúan las conclusiones precedentes, toda vez que el artículo 465.4 en modo alguno constituye una excepción al artículo 412 de la LEC. En cuanto al artículo 752 de la LEC es aplicable exclusivamente, como así se infiere del título I Libro IV de la citada Ley Procesal, a "los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores". Y finalmente, respecto al artículo 286 de la LEC, basta señalar que las alegaciones que efectúa la parte pretendiendo que constituya un hecho nuevo no son tal, puesto que pudo alegarlo en el momento procesal oportuno.

3. *Si la vivienda se adquirió por el esposo antes de contraer matrimonio, habiéndose abonado parte del precio después de contraerlo, los pagos efectuados por el esposo tras la separación aumentan su parte privativa, quedando la parte ganancial reducida a las aportaciones realizadas constante la sociedad.*

AP ALMERÍA, Sec. 3.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Soledad Jiménez de Cisneros y Cid.

Insiste el apelante en el recurso en idénticas cuestiones ya planteadas en instancia en cuanto a la inclusión de la vivienda de la Urbanización Buenavista en el inventario de bienes gananciales por considerar que dicha vivienda tiene carácter ganancial y no privativo. A tenor del art. 1346 del CC dicha vivienda es privativa del esposo. En efecto de las pruebas practicadas en concreto de la documental aportada con la contestación a la reconvención, folio 279, consistente en documento privado de fecha 6 de mayo de 1989 entre la propietaria y el Sr. Juan Pedro como comprador, así como las documentales consistentes en resguardo de transferencias por 1.500.000 pts. y 500.000 pts. respectivamente de cantidades entregadas por el padre del actor a este para la "adquisición de vivienda de Roquetas", folios 27 y 28 justificantes bancarios, ratificadas por prueba testifical del Sr. Marco Antonio, unidas a la escritura pública de compraventa de fecha 8 de marzo de 1990 de la finca litigiosa y su posterior inscripción a nombre del esposo, corroboran la adquisición de la finca registral NUM000 antes de contraer matrimonio que tuvo lugar el día 22 de julio de 1990 sin que conste a pesar de lo recogido en la sentencia, y con ello acogemos el primer motivo de impugnación, que los esposos convivieran como pareja de hecho antes de la celebración del matrimonio pues no existe mínima prueba de tal extremo.

Los alegatos de la recurrente en cuanto al precio real de la venta y que sirven de base a sus pedimentos resultan sin duda ingeniería jurídica que sin embargo no logra cuadrar el apelante. Por muchas explicaciones y justificaciones que se pretenda la cantidad de 3.200.000 pts. que aparece como precio confesado en la escritura resulta vil en relación a los precios de mercado dada la naturaleza de la vivienda y muy diferente al aparecido en el documento privado al que se ha hecho referencia. La obtención de un préstamo hipotecario sobre la vivienda ascendente a 2.840.000 pts. evidencia la poca consistencia

de su tesis pues implicaría casi la concesión de un préstamo que equivaldría prácticamente al 100% del precio. A ello debe añadirse la obtención de una subvención por parte de Juan Pedro, "en estado de soltero" para adquisición de una vivienda, de 192.000 pts. en fecha 3 de octubre de 1989 mucho antes de contraer matrimonio. A pesar de todas las cuadraturas y elucubraciones matemáticas en un afán de cuadrar las cantidades sobran a la apelante 168.000 pts. que atribuye a una aportación del Sr. Juan Pedro.

Frente a tanta hipótesis y elucubración las documentales ya mencionadas resultan definitivas en orden a la adquisición de dicha finca en estado de soltero pagando parte del precio Juan Pedro y abonándose 84 mensualidades con dinero ganancial debiendo calificarse como bien privativo formándose a consecuencia del art. 1357, p. 2.º en relación con el art. 1354 CC un pro indiviso entre la sociedad de gananciales y D. Juan Pedro en proporción a sus respectivas aportaciones. A partir de la fecha de separación los pagos efectuados por el esposo tienen carácter privativo de éste como así lo ha entendido la doctrina jurisprudencial, al señalar que en supuestos como el de autos resultarían de aplicación los preceptos referenciados (S.T.S. 18-12-2000); condición de bien mixto también destacada por la S.T.S. 9-3-1998, y en la misma línea por la S.T.S. 17-4-2002)

4. *Inclusión en el pasivo de una deuda a favor de la madre de la esposa por la cantidad que se obtuvo por la venta de una vivienda en la que aquélla era propietaria de un 30%.*

AP BURGOS, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Arabela García Espina.

En el segundo motivo del recurso de apelación se solicita la inclusión en el pasivo de un crédito de la madre de la actora por importe de 6.617 euros que con la actualización a fecha de hoy ascendería a 36.414 euros.

Tal deuda sostiene se corresponde con el 30% del importe líquido de la venta de un piso en Vigo propiedad de los cónyuges litigantes y de la madre de la actora. No niega el esposo que efectivamente de la venta de ese piso de Vigo en el año 1986 correspondió a la madre de la actora 6.617,14 euros pero niega la existencia actual de la deuda por entender que fue liquidada.

Del documento obrante a los folios 17 a 21 resultaría que la madre de la actora y el demandado Sr. Fernando adquieren un piso en Vigo habiendo aportado D.ª Carmen aproximadamente el 30% del precio de compra; por lo que vendido el piso en el año 1986, le corresponde según liquidación obrante al folio 21 la cantidad de 1.309.500 ptas. Este último documento redactado y suscrito sólo por el demandado Sr. Fernando constituye prueba suficiente de la obligación de abonar a la madre de la actora esa cantidad de dinero como liquidación de la venta de un inmueble de su copropiedad; y aunque dado el tiempo transcurrido, bien ha podido ser satisfecha, lo cierto es que ni del documento resulta que se haya abonado, ni se ha aportado la más mínima prueba de que así sea, prueba que, sin duda, corresponde a aquél que así lo afirma, cuando la actora lo niega afirmando que su importe no se devolvió a su madre, sino que el matrimonio litigante lo empleó en el piso en el que aún residen.

Consecuentemente probada la obligación, pero no el hecho de su pago o extinción procede también la inclusión de esta deuda en el pasivo de la sociedad de gananciales, aunque sin intereses, por cuanto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1108 en relación con el artículo 1100 ambos del Código Civil, sólo estará el deudor obligado a pagar interés cuando el acreedor le haya exigido judicial o extrajudicial el cumplimiento de su obligación, lo que no consta haya realizado el acreedor en este caso, cuando del documento del que resulta la obligación de pago, no resulta ni obligación de pago de intereses, ni fecha de cumplimiento de la misma.

5. *Inclusión dentro del activo del kiosco que fue adquirido por concesión administrativa constante el matrimonio.*

AP SEVILLA, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero.

Se alega en el escrito de interposición de recurso que se ha vulnerado la presunción legal de ganancialidad, tanto respecto del negocio familiar, como respecto de la vivienda que constituyó el domicilio de los cónyuges, puesto que el primero fue adquirido por concesión administrativa, constante el matrimonio, y el hecho de que se trate de una licencia personal no impide que se trate de un bien que pueda valorarse económicamente y por otra parte, la vivienda no se ha acreditado que hubiese sido pagada completamente con anterioridad al matrimonio, habiendo otorgado escritura pública el 12 de enero de 1979, durante el matrimonio y en la que aparecen como compradores D. Fernando y D.ª Gloria.

Establece el artículo 1361 del Código Civil que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen exclusivamente al marido o a la mujer, declarando la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1996 que la vis atractiva de la ganancialidad de los bienes impone la exigencia de una prueba suficiente y convincente de la privacidad, debiendo resolverse las situaciones dudosas a favor de la naturaleza ganancial de los bienes.

En el presente caso, se considera en la sentencia apelada que el kiosco de prensa que constituye el negocio familiar tiene carácter privativo por el hecho de que la licencia otorgada por el Ayuntamiento tiene carácter de personal e intransmisible y en consecuencia considera que se trata de un derecho patrimonial inherente al titular no transmisible intervivos; sin embargo ha de tenerse en consideración que el número 5 del artículo 1347 del Código Civil dispone que son bienes gananciales las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes, y en consecuencia el kiosco de prensa ha de considerarse como bien ganancial, ya que constituye una empresa o establecimiento fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales que regía el aspecto patrimonial del matrimonio declarando la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2000 con cita de la 31 de diciembre de 1997 que en estos supuestos (se refiere a la titularidad de un estanco) como en los similares de Administración de Loterías, que corresponden a actuación monopolista del Estado, esta Sala de Casación Civil ha declarado

que la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos y por tanto se trata más bien de tipo formal impuesta por exigencias de la Administración que no excluye la civil, en este caso plural, a favor de los litigantes. Con palabras de la sentencia de 26 de febrero de 1979 la cuestión debatida no lo constituye la intangibilidad o intransmisibilidad de un título administrativo sino la naturaleza en el orden civil del fondo económico que constituye la base económica del establecimiento. En consecuencia no puede confundirse la titularidad administrativa con la civil por lo que constando acreditado que la concesión se produjo durante el matrimonio y no habiendo quedado desvirtuada la presunción de ganancialidad procede estimar en este sentido el recurso interpuesto incluyendo dentro del activo de la sociedad legal de gananciales el kiosco de prensa que constituyó el negocio familiar, sito en la c/ [...] de esta ciudad.

6. *No inclusión dentro del pasivo de una deuda en concepto de préstamo por parte del padre de la esposa al no haberse acreditado tal extremo, sin perjuicio de los derechos que pueda tener aquel por vía del art. 1401 del CC.*

AP CANTABRIA, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Tafur López de Lemus.

Mediante el primer motivo impugna la no inclusión, en el pasivo de la sociedad, del dinero que ésta debe devolver al padre del apelante, por el préstamo que aquél hizo al matrimonio. Al respecto hemos de decir que una deuda pecuniaria, para poder ser incluida en el pasivo, debe estar perfectamente identificada en su cuantía, cosa que no sucede en el presente pleito, pues aunque declaráramos probado, sobre la base de la confesión que la apelada hizo en otro pleito, que el matrimonio recibió del padre del actor dinero en préstamo, carecemos de elementos probatorios seguros para cuantificarlo (documentos, testificales de personas imparciales, etc.), sin que por tal podamos tener las declaraciones testificales de las hermanas del actor, pues la relación estrecha de parentesco que con la parte mantienen les hace perder la credibilidad necesaria. Por lo demás, siendo el matrimonio el beneficiario del préstamo, ningún perjuicio irroga esta resolución al presunto acreedor, ni beneficio alguno a uno de los cónyuges. Al acreedor, porque aparte de tener en la liquidación de la sociedad de gananciales los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias (art. 1402 del CC), conservan sus créditos contra los cónyuges deudores aun después de la liquidación y mientras no se paguen aquéllos (art. 1401 del CC), pues comoquiera que el título de exigencia del crédito es el negocio jurídico que le dio vida (en este caso, el contrato de préstamo), y no lo que diga el inventario, en nada afecta dicho inventario al derecho del acreedor, quien, por lo dicho, puede hacer efectivo el crédito bien contra la sociedad, mientras no esté liquidada, bien contra el patrimonio personal que a cada cónyuge resulte como con-

secuencia de la división del caudal ganancial. Y ninguno de los esposos puede resultar beneficiado como consecuencia de la no inclusión de esa deuda dentro del pasivo ganancial, pues no discutiéndose siquiera que el dinero recibido fuera para la sociedad, después de liquidada ésta los cónyuges seguirían siendo deudores del acreedor, lo que compensarían con el hecho de recibir una mayor parte del patrimonio ganancial, al no verse reducido éste por efecto del pago de la deuda derivada del préstamo.

7. *Inclusión en el activo de las cantidades abonadas constante la sociedad de gananciales por deudas contraídas por el esposo antes de contraerse el matrimonio, debiendo actualizarse no conforme al IPC sino de acuerdo con las tablas financieras que valoran a pesetas (o euros) de hoy, las pesetas del pasado, tarea que habrá de encomendarse a un perito experto en finanzas.*

AP CANTABRIA, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Tafur López de Lemus.

El cuarto motivo de recurso, dada la conexión de su objeto con el de la impugnación que plantea la esposa, debe ser examinado conjuntamente con dicha impugnación. Ambas quejas se refieren al crédito que la sociedad tendría contra don Carlos, por consecuencia de haberse pagado con dinero ganancial determinadas deudas contraídas por don Carlos antes de contraer matrimonio. Hemos de dar completamente la razón a la esposa, y negársela en idéntica medida al esposo, porque el documento obrante al folio 134 debe ser tenido como confesión de que, en las fechas que se expresan (4 de noviembre de 1982, 11 de febrero de 1983 y 6 de mayo de 1983), la sociedad pagó a la hermana del esposo las cantidades mencionadas en el documento (600.000 pesetas, 400.000 pesetas y 800.000 pesetas). Pues bien, si los ahora litigantes contrajeron matrimonio el 3 de julio de 1982; si la esposa trabajaba y ganaba dinero desde antes de casarse; si no consta que en los primeros meses de matrimonio la pareja debiera afrontar gastos importantes (por valor de 1.800.000 pesetas, que es la cantidad que se devolvió a doña Ana María), como serían los de adquisición de vivienda, instalación u otros, hasta el punto de obligar al matrimonio a pedir un préstamo a la hermana del esposo; si, por el contrario, resulta que, poco antes de casarse, el esposo adquirió una vivienda, un local y un garaje, con unos ingresos que no justifica; si carece de sentido que el matrimonio tuviera necesidad de un préstamo para atender los primeros gastos, pues consta que el día 11 de agosto de 1982, esto es, poco más de un mes después de la boda, la cartilla que abrieron los esposos lo fue nada menos que con la suma de 610.017 pesetas (que todo parece indicar que las puso las esposa, pues las únicas imposiciones que registra la cartilla se corresponden, en esos primeros tiempos, con el sueldo que cobraba doña María Rosario); y si no parece lógico que, de haber sido el matrimonio quien recibiera el préstamo, éste dejara de ingresar tan importante suma en la libreta de ahorros (y no figura una imposición por esa cantidad), razonable resulta concluir que aquellas cantidades se pagaron a doña Ana

María en devolución de un préstamo que sólo pudo beneficiar a título particular al esposo, muy posiblemente recibido para pagar los precios de los inmuebles adquiridos poco antes, conclusión que queda reforzada por el hecho de no ganar por entonces el esposo cantidad alguna, al encontrarse sin empleo. Esas tres cantidades, por tanto, deben incluirse en el activo de la sociedad, como crédito de ésta contra el esposo, las cuales deberán actualizarse a valores de hoy, pero no con el método que interesa la esposa (conforme a las variaciones anuales del IPC), sino acudiendo a las tablas financieras que valoran a pesetas (o euros) de hoy las pesetas del pasado, tarea que habrá de encomendarse a un perito economista experto en finanzas, el cual deberá actualizar, a fecha de la liquidación, las tres cantidades pagadas por la sociedad, tomando como referencia sus cuantías (600.000, 400.000 y 800.000) y fechas de pago (4 de noviembre de 1982 la primera; 11 de febrero de 1983 la segunda, y 6 de mayo de 1983 la tercera).

IX. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Con independencia de la irregularidad cometida por la entidad pública que permite a la madre dar el asentimiento para la adopción sin esperar al transcurso de treinta días, procede declarar a la madre incursa en causa de privación de la patria potestad, ya que desde el día del alumbramiento hasta que pudo ser localizada a través de la Policía, no existió conducta alguna tendente a preocuparse por el estado de su hija.*

AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de enero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Delgado Baena.

Por la representación procesal de D.ª Elisa, que comparece en calidad de apelante se alega que ha existido vulneración de derechos fundamentales en la tramitación del expediente administrativo de desamparo de la menor, que ha causado indefensión a la recurrente por la que solicita la nulidad de todas las actuaciones administrativas.

Por el Ministerio Fiscal y por el Letrado de la Junta de Andalucía, se presentaron sendos escritos de oposición al recurso planteado, impugnando las alegaciones realizadas de contrario y solicitando la confirmación de la resolución recurrida por entender que la misma es ajustada a Derecho.

La Sala antes de dictar sentencia y para una mayor ilustración y conocimiento solicitó del Juzgado de Primera Instancia la remisión del expediente de acogimiento de la menor. Una vez recibido se observa que parte de las irregularidades denunciadas por la parte recurrente vienen perfectamente reconocidas por la Juez de Instancia en el fundamento jurídico segundo de la sentencia, en el que se dice que la actuación de la Entidad Pública no se adecua a lo establecido en el

artículo 177.2 del Código Civil, cuando interpreta que una madre decide dar en adopción a su hijo, como situación de abandono, sin esperar el transcurso del plazo legal de treinta días para que la madre manifieste o ratifique ese consentimiento. Constando simplemente que Elisa, dio a luz una niña el día 15 de agosto de 2001, en el Hospital Costa del Sol de Marbella, apareciendo un documento fechado el día 16 de agosto de 2001, con el título, "Comparecencia de Asentimiento de los Padres a la Adopción y Consentimiento de Acogimiento Familiar", que aparece firmado sólo por la madre. También aparece una comparecencia sin rellenar, ante el equipo técnico, en el que se dice que la madre presta su consentimiento para el acogimiento familiar, así como el asentimiento para la adopción, en el que ni siquiera consta la fecha, pero que la Junta de Andalucía manifiesta que se realizó también el día 16 de agosto, firmado sólo por la madre. Y por último consta una resolución de desamparo de la Junta de Andalucía de la menor Elisa, fechada el día 27 de agosto de 2001, no constando en las actuaciones que haya sido notificada a la madre de la menor. Aparte de lo manifestado por la Juez de Instancia que al día siguiente del parto, la madre no puede encontrarse en las condiciones óptimas, sobre todo psíquicas, para poder decidir el destino de su hija, nos encontramos con las alegaciones creíbles de su Letrado, que dice que dada su nacionalidad (china), no comprendía el contenido de los documentos que firmó.

Si bien, pese al cúmulo de irregularidades administrativas citadas con anterioridad, hay que aclarar que el objeto de este procedimiento es determinar si en el momento en que se produjo la intervención administrativa, concurría en la recurrente un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, lo que determinaría, caso de existir y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 154 del Código Civil, estar incursa en causa de privación de la patria potestad. Cuestión esta que es fundamental para poder determinar, tal y como establece el artículo 177 del citado precepto legal, si es necesario o no el asentimiento de la madre para la adopción de la hija.

Luego en el presente procedimiento la Sala no se puede pronunciar sobre la validez de la actuación administrativa, ya que el objeto del mismo es, atendiendo a las circunstancias citadas con anterioridad, si la madre tiene que asentir o no para la adopción de su hija. Todo ello sin perjuicio que, el recurrente reproduzca esta petición en el procedimiento de adopción alegando todas las irregularidades administrativas citadas con anterioridad.

Centrado el objeto del debate y, con independencia de todo lo expuesto con anterioridad, la Sala comparte el criterio seguido por la Juez de Instancia y puesto de manifiesto en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, en el que se revela una actitud totalmente pasiva de la madre, no haciendo reclamación ante organismo oficial alguno, sólo única y exclusivamente, en mayo de 2002, aparece, cuando es localizada por la Policía, mostrando su oposición, al ser citada por el Juzgado, para la adopción de su hija.

Por todo ello, la Sala comparte el criterio seguido por la Juez de Instancia, ya que desde el día del alumbramiento (15 de agosto de 2001), hasta el día en que compareció en el Juzgado, siendo localizada por la Policía (21 de mayo de 2002) no había realizado conducta alguna tendente a preocuparse por el estado de su hija, lo que hace entender que ha existido una situación de abandono de la misma, que pudo durar incluso más tiempo de no ser localizada policialmente, constituyendo esta conducta un claro y grave incumplimiento de los deberes de la patria potestad, por lo que existen datos suficientes para entender que la madre se encuentra incursa en causa de privación de la misma, por lo que procede la confirmación de la resolución recurrida.

2. *Acreditada la presencia de lesiones en los menores y el alto grado de absentismo escolar procede confirmar la declaración de desamparo.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Calvo González.

Expresa la apelante su discrepancia con el FJ Tercero de la resolución recurrida, relativo a apreciar ajustada a Derecho de declaración de desamparo de menores, como subsumible en el art. 23.1.h) de la Ley 1/1998, por el contrario estimando que más bien podía en todo caso existir una situación de riesgo que, dado el carácter restrictivo con que debe ser interpretado el desamparo, no comportan la gravedad suficiente para justificar la disgregación del núcleo familiar. En lo demás, sostiene atendidas las necesidades de higiene, médicas y escolarización de los menores. De adverso, el Ministerio Fiscal y la Letrada representante de la Delegación Provincial en Málaga Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía combaten los argumentos así esgrimidos instando desestimación del recurso e íntegra ratificación de la resolución apelada.

Con detenido y atento nuevo examen de la totalidad de las diligencias y actuaciones obrantes en Autos, y completa lectura y análisis de la documental relativa a los informes psicológico emitidos con fecha 5 de noviembre de 2002, sólo le cabe a esta Sala desprender semejante conclusión de manifiesto desamparo, ponderado así más allá de situaciones de riesgo, que también son evidentes, pues existen en el expediente datos objetivos que lo denotan como son la presencia de lesiones en los menores y un alto grado de absentismo escolar, circunstancias que dan lugar a la entera aplicabilidad del art. 23.1.b), c) y h) de la Ley 1/1998 de la Comunidad Autónoma de Andalucía de Derechos y Atención al Menor. Siendo de este modo apreciado, se estima improcedente asimismo cualquier modificación de carácter alternativo al establecido en punto al régimen de visitas de la progenitora para con los menores.

Resoluciones de la D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

1.1. *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.

ANÁLISIS 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.

- 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" (art. 124 del 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 (art. 113 del 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 ar-

tículo 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.º 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 de 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 acordó, de conformidad con la propuesta reglamentaria, desestimar el recurso y confirmar 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.* art. 6 núm. 4 del CC) ni que haya concurrido el consentimiento expreso de la representante legal de la menor establecido para su eficacia (*cfr.* art. 124.1 del CC).

2. INCAPACIDAD

2.1. *No puede inscribirse una escritura de compraventa otorgada por una tutora —hermana de la incapacitada— elevando a público el documento privado suscrito antes de la incapacitación en el que ésta vendía a la ahora tutora una finca de su propiedad al tratarse de un contrato incurso en la prohibición del artículo 1459.2.º del CC.*

RESOLUCIÓN de 9 de enero de 2004.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 28 de mayo de 2003, mediante escritura pública otorgada ante doña María-Isabel Gabarro Miquel, Notaria de Barcelona, don Jesús y doña Francisca elevan a público un documento privado de compraventa de 14 de septiembre de 1989 por el que doña Adela vendió a los otorgantes por mitades indivisas la finca que se describe en la escritura.
- Presentada copia de la escritura en el Registro de la Propiedad de Barcelona n.º 1.1, fue calificada con la siguiente nota: Hechos: Presentada en esta Oficina a las once horas y veinticinco minutos del día seis de junio de dos mil tres, escritura autorizada por la Notario de esta ciudad, doña María-Isabel Gabarró Miquel, el veintiocho de mayo de dos mil tres, protocolo n.º ..., que motivó el asiento 1.032 del Diario 94, calificada con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, NO SE PRACTICA la inscripción solicitada por el siguiente motivo o fundamento de Derecho: Falta de autorización judicial para la venta, de conformidad con el

artículo 212.1.a) del Código de Familia. Se produce infracción a la prohibición que pesa para adquirir por compra respecto de las personas que desempeñan cargo tutelar, en cuanto a los bienes de la persona o personas que están bajo su guarda o protección, conforme al artículo 1459.1 del Código Civil. Sin perjuicio del derecho que asiste al interesado de formular demanda ante la jurisdicción, con arreglo a los arts. 66 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, los interesados tienen derecho a instar la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el art. 275 bis de dicha Ley o recurrir gubernativamente la calificación registral (art. 19 bis de la LH), en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la calificación (art. 326 de la LH) presentando dicho recurso, en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o la Dirección General de los Registros y del Notariado, en este Registro o en los demás Registros y oficinas previstos en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJ-PAC (arts. 324, 325, 326 y 327 de la LH). Barcelona. 25 de junio de 2003. El Registrador Interino. Fdo.: Juan María Díaz Fraile. Dicha calificación fue confirmada por el Registrador de la Propiedad sustituto de Barcelona n.º 14, don Ignacio Santos-Suárez.

- Don Jesús y doña Francisca, interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue desestimado por la DGRN.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se presenta en el Registro escritura de elevación a público de documento privado de compraventa. En el documento privado intervinieron doña Adela, "asistida" por los que dicen ser sus padres y hermanos "debiéndose tal asistencia al delicado estado de salud" de la expresada Adela, la cual vende una finca a otra hermana suya —doña Francisca— y al marido de ésta, por mitad y proindiviso. Habiendo sido incapacitada con posterioridad la expresada doña Adela, en la elevación a público del documento privado comparecen la tutora de la misma, que resulta ser la antedicha compradora, doña Francisca, el esposo de ésta y dos de los hermanos de la vendedora. Estos últimos comparecen para "acreditar la validez del expresado documento privado", aportando también los certificados de defunción de sus padres, así como sus Documentos Nacionales de Identidad, cuyas firmas la Notario declara concordantes con las del documento privado. El Registrador no practica la inscripción por entender que hace falta autorización judicial para la venta, conforme al artículo 212.1.a) del Código de Familia de Cataluña, por producirse infracción a la prohibición del artículo 1459.1 del Código Civil. Los compradores recurren.

1. Alegaciones de los recurrentes.

Que el documento que se pretende inscribir es la protocolización de una compraventa verificada por los recurrentes en calidad de compradores y D.ª Adela P. D., en calidad de vendedora, el 14 de septiembre de 1984, documentada era el documento privado objeto de protocolización. 2. Que la fecha de incapacitación de la vendedora es de 16 de enero de 1991. 3. Que, por tanto, puede afirmarse que la compraventa que contiene el título que nos ocupa resulta plenamente válida y eficaz puesto que se otorga y suscri-

be en una fecha en la que todas las partes contratantes eran plenamente capaces, procediendo en consecuencia la inscripción de dicho título. En consecuencia, resultando por lo expuesto que en el momento de la incapacitación de la vendedora el bien objeto de la compra-venta que se trata ya no era propiedad de la misma, no cabe en absoluto exigir la autorización judicial prevista en el artículo 212 del Código de Familia, ni concurre infracción de la prohibición contenida en el artículo 1459.1 del Código Civil.

2. **Alegaciones del Registrador de la Propiedad.**

El Registrador de la Propiedad informó: a) Que la fehaciencia de la que habla el artículo 1227 del Código Civil sólo se extiende "a la fecha" del documento y no a su contenido negocial, ni a la identidad de las personas que en el mismo intervinieron, ni acredita la capacidad natural de dichas personas para la celebración del acto o contrato documentado; b) Que las firmas de las personas que intervinieron en el documento privado para "asistir" a la vendedora no estaban legitimados; c) Que la exigencia de documento auténtico que establece el artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento respecto a los títulos formales que pretenden su acceso al Registro de la Propiedad no puede entenderse satisfecha en este caso, a los efectos de eludir la aplicación de las normas legales que prescriben la intervención autorizatoria del Juez y la prohibición de autocontratación entre tutor y pupilo, por cuanto el documento privado con fecha fehaciente carece de fuerza probante respecto del hecho que motiva su otorgamiento (*vid.* Resolución de 18 de octubre de 1989); d) Que la Ley sujeta a autorización judicial no sólo la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, sino también la renuncia de derechos y la cesión a terceros de los créditos que el tutelado tenga contra el tutor (*vid.* artículos 271, n.º 2 y 3, y 272, n.º 7 del Código Civil y concordantes del Código de Familia de Cataluña, artículo 212, n.º 1 e) y g), por lo que con mayor motivo se han de sujetar a la misma exigencia las cartas o confesiones de pago aplazado que permiten entender extinguidas las deudas que el tutor tuviese contraídas con el tutelado (artículo 1156, n.º 1, del Código Civil), siendo así que del total precio de la compraventa, según el documento privado, sólo se paga en el propio acto una parte, siendo la mayor parte de dicho precio aplazado y ahora confesado su pago en el documento de elevación a público; e) que la intervención de D. Olegario y D.ª Marisol no es de las que el Código de Familia de Cataluña establece con eficacia sustitutoria de la autorización judicial, ni tiene valor de reconocimiento por no ser ellos los obligados por tal documento (*cfr.* artículo 1225 del Código Civil); f) Que si bien el artículo 1459 del Código Civil y el artículo 221 del mismo cuerpo legal y concordantes del Código de Familia de Cataluña, prohíben al tutor adquirir por título oneroso bienes del tutelado, el defecto se califica de subsanable para el caso de que llegue a probarse judicialmente el contenido del documento privado.

3. **Razonamiento jurídico de la DGRN.**

Los recurrentes alegan no hacer falta la autorización judicial ni infringirse el artículo 1459.1 del Código Civil puesto que el documento que debe tenerse en cuenta es el documento privado elevado a público, cuya fecha debe tenerse por cierta dado el fallecimiento de dos de los que intervinieron en él —conforme al artículo 1227 del Código Civil—, y que en el momento de su suscripción la vendedora era capaz por no haber sido incapacitada en dicha fecha.

El recurso no puede prosperar. Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (*cfr.* Resolución citada en el "vistos"), desde el punto de vista del Registro de la Propiedad sólo puede considerarse como fecha en la que se produjo el negocio cuya inscripción se pretende la del documento público. En tal fecha la vendedora había sido declarada incapaz y, por tanto, la compra por la tutora in-

curre en la prohibición del artículo 1459.1 del Código Civil. Todo lo cual ha de entenderse sin perjuicio de que, en instancia judicial, pueda acreditarse la validez y exactitud del negocio contenido en el documento privado.

3. MATRIMONIO

3.1. *No es de aplicación el Reglamento del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, por tratarse de una sentencia de divorcio dictada por un Tribunal portugués en 1990, y además no se acompaña copia de la decisión judicial ni el certificado según el formulario aprobado por ese Reglamento.*

RESOLUCIÓN de 2 de enero de 2004.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 19 de noviembre de 2002 el Encargado del Registro Civil de Salamanca dictó auto disponiendo el reconocimiento de los efectos en el Ordenamiento español de la Sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada con fecha cinco de marzo de 1990, firme el 15 de marzo de 1990, por el Tribunal de Familia de Lisboa y en la que se decretaba el divorcio por mutuo consentimiento entre los cónyuges doña María del Carmen y don Jesuino, solicitando que de conformidad con lo dispuesto en el art. 755 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil se procediera a practicar la inscripción en el Registro Civil Central de los asientos que correspondientes a tenor de la sentencia que ha alcanzado el carácter de firme en cuanto a la repercusión registral. Acompañaba testimonio de los siguientes documentos: auto dictado y libro de familia de los cónyuges expedido por autoridad española.
- Recibido lo actuado por el Registro Civil de Salamanca, en el Registro Civil Central su Encargado con fecha 26 de mayo de 2003 dictó acuerdo por el que disponía no haber lugar a la práctica de la inscripción marginal de reconocimiento de eficacia en España de la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Familia de Lisboa el 5 de marzo de 1990, firme por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Salamanca al haberse pronunciado la misma por Órgano incompetente y en procedimiento no previsto legalmente para ello, alegando como razonamientos jurídicos que si bien era competente el Registro Civil Central para practicar el asiento

interesado, por hallarse el matrimonio inscrito en el mismo, la función calificadora que había de efectuar respecto a las sentencias y resoluciones, venía especialmente limitada por el art. 27 de la LRC y sólo alcanzaba a controlar la competencia y clase de procedimiento seguido; por lo que, tratándose de una sentencia dictada por Tribunal portugués en el año 1990, debía analizarse en primer lugar si era de aplicación el Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, aprobado por el Consejo de Europa el 29 de mayo de 2000, en vigor desde el 1 de marzo de 2001; a la hora de delimitar el ámbito de aplicación, el citado Reglamento en su Disposición transitoria, contenida en el art. 42 señalaba que lo dispuesto en él sólo sería aplicable a las acciones judiciales efectuadas con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento en cuestión y a las resoluciones judiciales dictadas con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad, por lo que constando que la sentencia aportada era de fecha 5 de marzo de 1990 y firme el 15 de marzo de 1990, estaba claro que el reconocimiento de la resolución que ahora se pretendía no podía obtenerse a través del citado Reglamento, debiendo acudir al procedimiento establecido en la Disposición derogatoria única de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil que dejaba sin efecto la misma Ley de 3 de febrero de 1881, que establecía una serie de excepciones, entre las que se destacaba la 3.ª, que deja en vigor hasta la vigencia de la Ley, sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, los arts. 951 a 958 de la Ley antigua, debiendo aplicarse, para este caso, la regulación anterior; añadía que aun en el supuesto de que fuera aplicable el Reglamento mencionado, el Órgano competente para reconocer la eficacia de la resolución sería el Registro Civil donde estuviera inscrito el matrimonio en base a lo establecido en el art. 14 de dicho Reglamento donde se establece no requerir procedimiento previo alguno en esos casos, consecuentemente, tratándose de una sentencia dictada por Tribunal Portugués, Estado con el que no existe tratado bilateral que regule la materia, el reconocimiento de las sentencias dictadas por esos tribunales, deberá obtenerse ante el Tribunal Supremo (arts. 952 y 955 de la LEC de 1881), desprendiéndose por tanto que el reconocimiento otorgado por el Juzgado de Primera Instancia de Salamanca se había obtenido por procedimiento inadecuado y se había dictado por Órgano incompetente.

- Notificado el Ministerio Fiscal y los interesados, doña Carmen, mayor de edad y vecina de Salamanca interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que la resolución dictada violaba lo dispuesto en el art. 107 del CC que establece que las sentencias de separación y divorcio dictadas por tribunales extranjeros producirían efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la LEC. en concordancia con lo dispuesto en los arts. 951, 952

y 953 de la LEC de 3 de febrero de 1881, en vigor a tenor de lo dispuesto en la Disposición derogatoria única 1.2.ª y el art. 22.3.º de la LOPJ; añadía que el Encargado del Registro Civil Central no aplicaba el art. 42 del Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, pues lo que realmente sentaba el citado artículo era que serían aplicables las acciones judiciales ejercitadas con posterioridad a la entrada en vigor del reglamento de la CE del Consejo de 29 de mayo del 2000 y por tanto resultaba de aplicación al presente supuesto al haberse ejercitado la acción con fecha posterior a la entrada en vigor de dicho Convenio, concretamente se solicitó con fecha 19 de septiembre de 2002.

- En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal procedió a acordar la confirmación de la resolución recurrida por cuanto el Órgano competente para resolver sobre el reconocimiento en España de la eficacia de la resolución de fecha 5 de marzo de 1990 era el Tribunal Supremo. El Juez Encargado del Registro Civil remitió el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución informando que a su juicio no habían sido desvirtuados los razonamientos jurídicos que aconsejaron dictar tal resolución, entendiendo la confirmación de la misma.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se ha pretendido en estas actuaciones la práctica de una inscripción marginal de divorcio de un matrimonio en base a un auto dictado por un Juzgado de Primera Instancia español por el que se reconocen efectos en el Ordenamiento jurídico español a una Sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada con fecha cinco de marzo de 1990 por un Tribunal de Familia portugués. El Registro Civil Central deniega la práctica de la inscripción solicitada por entender que la resolución judicial de reconocimiento de efectos en el Ordenamiento jurídico español de la citada sentencia extranjera de divorcio no se ha dictado por el órgano judicial competente y que, además, no se ha seguido el procedimiento legalmente previsto para ello.

Este criterio denegatorio se ha de confirmar. Las inscripciones marginales relativas al divorcio del matrimonio pueden practicarse, en su caso, mediante la correspondiente sentencia extranjera de divorcio siempre que previamente se haya obtenido su reconocimiento en España conforme a lo dispuesto en las leyes procesales, a través del correspondiente "exequátur" ante la Sala 1 del Tribunal Supremo, momento a partir del cual la sentencia produce efectos en el Ordenamiento español (*cfr.* arts. 76 LRC, 265-II RRC, 107-II CC y Disposición derogatoria única, apartado 1, excepción 3.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000).

Es cierto que el Reglamento del Consejo de la Unión Europea citado en los vistos, que entró en vigor el 1 de marzo de 2001, prevé la supresión del citado trámite del "exequátur" en el ámbito de las resoluciones judiciales en materia matrimonial, al disponer que "las resoluciones judiciales dictadas después de la fecha de entrada en vigor del presente

reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esta fecha serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del capítulo III...” (*cfr.* art. 42.2.º del Reglamento). Sin embargo, en el presente caso, sobre no haberse aportado la sentencia judicial firme de la separación, sino sólo el auto dictado por Juzgado español de reconocimiento antes citado, no concurren tampoco los requisitos formales exigidos por el citado Reglamento comunitario, el cual impone, para que las resoluciones extranjeras en materia de separación sean reconocidas en otros Estados, que debe presentarse en el Registro Civil correspondiente, una copia de dicha resolución y un certificado expedido por el órgano jurisdiccional que dictó la resolución en los términos fijados en el formulario que figura como anexo del Reglamento comunitario (*cfr.* arts. 32 y 33 Reglamento CE), certificado que en este caso no se ha aportado. Pero es que, además, dada la falta de eficacia retroactiva del Reglamento comunitario es evidente que el mismo no puede amparar la pretensión deducida en relación con una sentencia dictada en el año 1990, a la que, por consiguiente, no resulta aplicable.

3.2. *Se deniega la autorización para contraer matrimonio porque ha quedado probada la falta de capacidad natural del contrayente que ingresó por consejo del neurólogo en la Residencia con diagnóstico de demencia con deterioro cognitivo subagudo con varios años de evolución con alteraciones del carácter e incontinencia de esfínteres; que sufre múltiples lesiones de aspecto isquémico y que es dependiente de terceras personas para todas las actividades de la vida diaria y diagnostica una demencia mixta con componentes parkinsonianos en estado moderado.*

RESOLUCIÓN de 29 de enero de 2004.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia el día 19 de junio de 2003 ante el Encargado del Registro Civil de G., don E.-J.-L.-J.L.O., mayor de edad, nacido en B. el 24 de noviembre de 1931, soltero, de nacionalidad española y doña M.-A.-H.R.C., mayor de edad, nacida en C. el 2 de septiembre de 1954, soltera, de nacionalidad española, solicitan les sea autorizado contraer matrimonio civil indicando que no hay impedimento para su celebración y manifestando su deseo de verificarlo ante el Encargado del Registro Civil de G. el 22 de agosto de 2003. Se acompañan fotocopias del DNI, certificado de nacimiento de ambos y volantes de empadronamiento de los dos.
- Incoado el expediente, se ratificaron los interesados el 19 de junio de 2003 y se practicó la audiencia personal, reservada y por separado de cada cónyuge, en la misma fecha. El contrayente manifestó que es soltero y que en los dos últimos años ha residido en B. La contrayente manifiesta que es soltera

y que durante los dos últimos años ha residido en G. Se practica prueba sustitutoria de edictos a doña T.E.P. quien declara que es amiga de la contrayente desde hace aproximadamente tres años; que al contrayente le conoce de vista y por las referencias de su amiga por lo que le consta que el matrimonio proyectado no tiene ni incurre en ninguna prohibición. Se practica la publicación de edictos. En fecha 20 de junio de 2003 se practica comparecencia reservada al contrayente quien manifiesta que la contrayente tiene 41 años pero no sabe cuando nació; que actualmente vive en B. en la finca donde hay vejestorios; que está jubilado y trabaja en Iberduero donde su abuelo fue fundador; que ahora vive en una residencia a la que va a visitarle todas las tardes desde hace dos años. A continuación comparece la contrayente quien declara que se llevan tratando con asiduidad durante año y medio aunque le conoce desde hace ocho años; que no trabaja desde enero y anteriormente tenía una tienda de antigüedades y restauraba muebles; que le visita en la Residencia de B. y que ahora, que no trabaja, le visita dos o tres veces por semana; que vive de alquiler y que tiene una hija que sí trabaja y que vive con ella; que tiene una tía que vive en la A. y tiene una hermana (pero cree que tiene Alzheimer); que tiene una jubilación porque trabajó en Iberdrola, una jubilación de la Seguridad Social y otra de Iberdrola que le hacía una especie de seguro a los empleados y que cree que le administra los bienes su hermana o sus sobrinos. Teniendo en cuenta las comparecencias, el Encargado del Registro Civil de G. requiere al Director de la Residencia de B. para que informe sobre la frecuencia de las visitas y del carácter serio o simulado del matrimonio proyectado; se requiere también la comparecencia de la hermana del solicitante en calidad de testigo; también se cita al promotor del expediente a fin de que sea reconocido por el médico forense. Comparece en fecha 7 de julio de 2003 M.-S.B.L., sobrina del promotor, quien declara que conoce bien a su tío y le consta que no posee la capacidad suficiente para decidir conscientemente el contraer matrimonio y que ningún miembro de su familia conocía dicha intención, por lo que posee serias sospechas del posible carácter fraudulento del pretendido matrimonio. En fecha 7 de julio de 2003 la Residencia B. emite un informe médico según el cual el Sr. L. ingresa por consejo del neurólogo en la Residencia con diagnóstico de demencia con deterioro cognitivo subagudo con varios años de evolución con alteraciones del carácter e incontinencia de esfínteres; que sufre múltiples lesiones de aspecto isquémico y que es dependiente de terceras personas para todas las actividades de la vida diaria y diagnostica una demencia mixta con componentes parkinsonianos en estado moderado. En fecha 11 de julio de 2003 comparece de nuevo doña M.-S.B.L. quien manifiesta que la familia tuvo conocimiento del matrimonio a través del gerente de la residencia B. y a través del Juzgado; que la familia ha averiguado que la solicitante del matrimonio es la hermana de M.-C.R. la cual está contrata-

da a cambio de precio por la familia como acompañante del solicitante para hacerle compañía por las tardes; que no cree que exista amor entre los solicitantes. A continuación comparecen varios sobrinos del solicitante quienes manifiestan su conformidad con la declaración del M.-S. Por su parte, el Director de la Residencia B. informa que la responsable y familiar de don E.L. es su sobrina S.B.; que M.-C.R. acude de manera constante y regular al centro según acuerdo remunerado privado entre ésta y su familia como servicio de acompañamiento por las tardes; que el régimen de visitas de M.-A.R. es esporádico y sin relevancia. En fecha 18 de julio de 2003 M.-A.R. solicita del Registro Civil una entrevista para tratar el asunto relacionado con la boda civil con el Sr. L. indicando que éste ha desaparecido de la Residencia y que se lo han llevado contra su voluntad.

- El informe pericial del médico forense concluye que el reconocido padece un deterioro cognitivo severo compatible con una demencia mixta; que el curso de dicha enfermedad es de carácter crónico, progresivo y permanente; que tiene gravemente alterada su capacidad de conocer y querer el alcance y las consecuencias de sus actos; que no es capaz de regir por sí mismo su vida y sus bienes. Examinado el expediente, el Ministerio Fiscal emite un informe según el cual se opone a la celebración del matrimonio por no concurrir en los promotores los requisitos legalmente establecidos y apreciar en el Sr. L. una grave alteración de su capacidad de conocer y querer el alcance y las consecuencias de sus actos, padeciendo un deterioro cognitivo severo compatible con una demencia mixta, circunstancias que determinan la falta de capacidad para otorgar el consentimiento matrimonial. En fecha 14 de agosto de 2003 la Sra. R. dirige una carta al Encargado del Registro Civil en la que pide protección para el Sr. L. por su precario estado de salud mental y física. El Encargado del Registro Civil libra oficio a la Residencia B. para que informe sobre las últimas noticias que tuvieron del Sr. L. El 2 de septiembre de 2003 la Residencia B. informa que en fecha 17 de julio el Sr. L. causó baja voluntaria en el centro desconociendo su actual domicilio. El Juez Encargado del Registro Civil de G. dictó auto en fecha 27 de septiembre de 2003 en el que acuerda no haber lugar a la celebración del matrimonio por la falta de aptitud del interesado. Notificada la resolución a los interesados, el Sr. L. comparece en fecha 24 de octubre de 2003 ante el Encargado del Registro Civil de G. desistiendo del procedimiento de matrimonio porque no quiere casarse. Por su parte, la Sra. R. presenta recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó en fecha 13 de noviembre de 2003 la remisión a su informe de 28 de julio de 2003 y la confirmación de la resolución recurrida por sus propios

fundamentos. El Juez Encargado del Registro Civil de G. ordena la remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.

- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se plantea en este recurso el problema de determinar si el contrayente tiene la aptitud necesaria para prestar el consentimiento matrimonial, pues éste es un requisito imprescindible del matrimonio (*cfr.* art. 45 del CC), cuya falta provoca la nulidad del enlace (*cfr.* art. 73.1 del CC), sosteniendo el auto recurrido la ausencia de tal capacidad.

Conocido es que el Código civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (*cfr.* art. 322 del CC), de forma que sólo por sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación cabe entender constituido tal estado (*cfr.* arts. 199 del CC y 756 a 762 de la LEC). Ahora bien, es cierto que la presunción general de capacidad está sujeta a excepciones en las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado. Así sucede con el matrimonio porque el artículo 56 del Código civil, después de señalar que en el expediente previo al matrimonio en forma civil debe acreditarse por los contrayentes que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código, añade en su segundo párrafo que "si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento".

En el presente caso tal dictamen ha sido desfavorable en el sentido de constatar importantes deficiencias psíquicas con grave deterioro de la capacidad cognitiva del individuo, lo que da fundamento a la decisión del Juez Encargado al resolver en sentido desestimatorio la inicial solicitud de autorización matrimonial, criterio coincidente con el del Ministerio Fiscal que alega la falta de la capacidad natural necesaria para prestar el consentimiento matrimonial en el afectado por tales deficiencias. Además, en el presente caso, sobre lo anterior, concurre la circunstancia de haber quedado acreditado el desistimiento a su solicitud inicial por parte de don E.-J.L.O. por comparecencia ante el Encargado en un momento anterior a la resolución definitiva del expediente (*cfr.* art. 353 RRC), por lo que igualmente falta no ya la capacidad, sino el mismo consentimiento matrimonial.

3.3. *Si la española es menor de edad, el matrimonio es nulo y no inscribible, salvo la obtención de la dispensa ulterior de edad.*

RESOLUCIÓN de 30 de enero de 2004.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 5 de febrero de 2003, doña Yanelis, nacida en la República Dominicana el 30 de julio de 1985, de nacionalidad española concedida por opción con fecha 22 de febrero de 2002, y residente en Madrid, solicitaba

del Registro Civil Central la inscripción del matrimonio civil celebrado en la República Dominicana el 2 de noviembre de 2002 con don Lleyky, nacido en Azua (R. Dominicana) el 21 de agosto de 1981, de nacionalidad dominicana y residente en Santo Domingo. Acompañaban los siguientes documentos: declaración de datos para la inscripción del matrimonio; acta de matrimonio expedida por autoridad dominicana; por parte de ella: certificación de la autorización del padre de la menor Yanelis para contraer matrimonio; certificación literal de nacimiento con marginal de opción a la nacionalidad española y fotocopia DNI.

- Realizadas la audiencia reservada a la solicitante, ésta compareció ante el Encargado del Registro Civil Central, haciendo entre otras las siguientes manifestaciones: que llevaba viviendo en España un año y cinco meses; que vivía con su madre en Madrid, que trabajaba en un restaurante, no recordando ni el nombre ni la calle donde estaba ubicado, que su esposo vivía en Santo Domingo, que él trabajaba en la construcción y estaba estudiando para abogado, no sabiendo si continuaba los estudios o los había dejado, que lo había conocido en febrero de 2001, que el padre de ella vivía en Santo Domingo, que tenía tres hermanos en España, que no viven con ella por estar casados.
- A don Lleyky José se le realizó la entrevista en el Registro Civil Consular de su domicilio, compareciendo ante el Cónsul de Santo Domingo el 21 de mayo de 2003, manifestando lo siguiente: que se habían conocido estudiando en el proyecto 4, Azua, que habían convivido casi un año antes de su matrimonio, que no tienen hijos, que no había viajado nunca, que su cónyuge vivía en Madrid con "María", trabajaba en un restaurante y le enviaba a veces dinero, que conocía a sus padres, José María y Ana Milka que se comunicaban casi a diario por teléfono, añadía que él no quería vivir en España deseando establecer su residencia en el país. El Encargado del Registro Civil Consular remitió la audiencia realizada informando que salvo mejor criterio no quedaba claro que no se tratara de un matrimonio por negocio resaltando que el compareciente había manifestado que su esposa tenía 17 años de edad, sin embargo antes de que se marchara a España vivieron juntos durante 1 año.
- Vista lo actuado y la documentación presentada, el Encargado del Registro Civil dictó acuerdo con fecha 3 de septiembre de 2003 por el que disponía denegar la inscripción del matrimonio solicitada, en tanto no se obtuviera la dispensa de edad conforme establecía el artículo 48 del CC; alegando que la inscripción de matrimonio en Registro Civil español requería la comprobación de que el mismo reunía todos los requisitos de validez que al efecto señalaba la legislación española (art. 256 y ss. RRC), añadiendo que según el artículo 46 del CC se prohíbe el matrimonio de los menores de edad no emancipados, a menos que obtengan dispensa en la forma establecida por el

artículo 48 del mismo código, encontrándose en el presente caso ante un matrimonio celebrado en la República Dominicana por una ciudadana española que en el momento de la celebración tenía 17 años, dicho matrimonio no es inscribible en Registro Civil español, al ser el mismo anulable, y en tanto no se obtenga del Juzgado de Primera Instancia competente, a petición de la interesada, la dispensa de edad ulterior a la celebración conforme a las previsiones del artículo mencionado.

- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a los interesados, doña Yanelis, compareció ante el Encargado manifestando su disconformidad con la Resolución dictada, interponiendo en ese acto, recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Notificado el Ministerio Fiscal de la interposición del recurso quien informó que procedía confirmar el acuerdo recurrido por sus propios fundamentos. El Juez Encargado del Registro Civil Central remitió las actuaciones a la Dirección General de los Registros y del Notario informando que a su juicio no habían sido desvirtuados los razonamientos jurídicos que aconsejaron dictar tal resolución, entendiendo la confirmación de la misma.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La interesada, de nacionalidad española, ha contraído matrimonio en la República Dominicana según la *lex loci* cuando todavía no había cumplido los dieciocho años de edad. Como está prohibido el matrimonio de los menores de edad no emancipados (*cfr.* art. 46 del CC), el matrimonio en cuestión es, en principio, nulo y no inscribible, salvo que la interesada obtenga la dispensa ulterior de edad que concede en primera instancia el Juez Encargado del Registro Civil del domicilio (*cfr.* arts. 48 y 365 RRC).

4. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

4.1. *Habiéndose inscrito la finca con carácter ganancial, no puede ahora modificarse en dicha inscripción el carácter adquisitivo por más que el esposo reconozca la privaticidad del dinero invertido en su compra al encontrase vinculado por los actos propios derivados de su intervención en la inscripción originaria.*

RESOLUCIÓN de 23 de marzo de 2004.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escritura autorizada en Valencia, el 6 de julio de 1998, por el Notario don Vicente Espert Sanz, número 2807 de protocolo, los esposos doña Do-

lores R. N. y don Francisco S.D., compraron, con carácter ganancial, a la Mercantil H.N.S.A., una participación indivisa de 11.108-avas partes del millón en que se consideraba dividido un local comercial, en planta baja y altillo, en la calle Beata G. de Valencia, y que da derecho al uso exclusivo de la plaza de garaje 84 y del trastero 83 de dicho local.

- Dicha escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad Número Nueve de Valencia, a nombre de ambos esposos, por título de compra y con carácter ganancial. Posteriormente, y por otra escritura autorizada en Valencia, el 27 de octubre de 1999, por el Notario don Joaquín Sapena Davó, ambos esposos, reconocían que el dinero satisfecho en la venta anterior era privativo de doña Dolores R.N., y por tanto las participaciones indivisas adquiridas le correspondían a ésta como privativas (por confesión), solicitando del Registrador de la Propiedad lo hiciera constar así, y dotando a tal reconocimiento de trascendencia real. En la misma escritura, alegaban que doña Dolores R.N. había adquirido otros elementos en el mismo edificio, en escritura posterior, con carácter igualmente privativo confesado por su esposo, y que el dinero empleado tanto en la primera adquisición como en la posterior, procedía (lo que no se acreditaba) de una indemnización recibida por aquélla en un expediente de responsabilidad patrimonial de la Universidad de Valencia y la Consellería de Sanidad, lo que podía probarse si se estimara oportuno.
- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, número nueve de Valencia fue calificada con la siguiente nota: "Devuelto a esta Oficina por el presentante el precedente documento, solicitando se registre en cuanto a la finca número 11.376/28, se hace constar: Que se haga vigente el asiento de presentación que causó la anterior nota a pie de título, reflejo de las operaciones registrales entonces practicadas como únicas posibles, a petición del presentante, tras haberle sido comunicada verbalmente calificación parcialmente desfavorable. Que previo el examen y calificación preceptivos, se deniega el asiento registral de cambio del carácter adquisitivo de la finca de referencia número 11.376/28, por figurar la misma inscrita a favor de don Francisco y doña Dolores por el título de compraventa y con carácter ganancial, por no resultar justificado el carácter privativo de la contraprestación mediante prueba documental pública y dados los efectos consecuencia de la fungibilidad del dinero, así como por no poder admitirse en cuanto a esta finca, el reconocimiento o confesión de privatividad del marido, por resultar el mismo vinculado en virtud de actos propios derivados de su actuación en el título adquisitivo, todo ello de conformidad con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario.
- Posteriormente y por otra escritura autorizada por el mismo Notario don Joaquín Sapena Davó, con fecha 26 de junio de 2000, se formalizó una

nueva escritura, en este caso de ratificación, en la que, compareciendo tanto la representante de la Mercantil Vendedora, como ambos esposos compradores, ratifican todos la modificación efectuada en la escritura anterior, en orden al carácter confesado privativo de la participación, adquirida, en definitiva, por la esposa, con tal carácter, y solicitando se inscribiera en esos términos, en el Registro de la Propiedad.

- Presentada en el Registro de la Propiedad número nueve de Valencia, tanto la escritura de reconocimiento de privaticidad formalizada por ambos esposos, como la de ratificación formalizada por éstos y la vendedora, ambas autorizadas por el Notario don Joaquín Sapena Davó, fueron calificadas en los siguientes términos: "Presentado de nuevo el precedente documento con fecha 12 de julio de 2000, causando el asiento 2.224 del tomo 13 del Diario, junto con otra escritura ante el mismo Notario de fecha 26 de junio de 2000, número 1.296 de protocolo, en la que la sociedad transmitente aprueba, acepta y ratifica la confesión de privaticidad realizada por don Francisco S.D. Previo el examen y calificación preceptivos, se deniega el asiento registral de cambio del carácter adquisitivo de la finca de referencia número 11.376/28, al reiterarse la anterior nota de denegación, pues la intervención de la transmitente no libera al marido de la fuerza vinculante del acto propio.
- El Notario interviniente interpuso recurso gubernativo alegando que la rectificación no perjudica a los acreedores y legitimarios de ambos cónyuges, dados los términos del artículo 1324 del Civil, y que por tanto la confesión tiene efectos internos entre cónyuges y sirve para clarificar las relaciones entre los distintos patrimonios que existen dentro del complejo de la sociedad de gananciales; y que el artículo 1355 del mismo Cuerpo Legal admite los desplazamientos entre esos patrimonios. Que, en definitiva, estamos ante una rectificación registral, que es admisible al haber intervenido en la misma todos los titulares registrales.
- El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó el recurso formulado por el Notario don Joaquín Sapena Davó, contra la calificación del Registrador de la Propiedad Número nueve de Valencia, don Adrián Jareño González, atendiendo a las alegaciones efectuadas por el Notario, revocando en todos sus extremos la nota de calificación, ordenando la inscripción registral de las escrituras cuya calificación se recurre.
- El Registrador interpuso recurso gubernativo que fue estimado por la DGRN confirmándose la tesis mantenida por el citado Registrador en su calificación.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Motivos del recurso interpuesto por el Registrador.

Que por la escritura calificada se pretende rectificar el carácter adquisitivo de una finca, que según el Registro tiene carácter ganancial definitivo y por tanto no cabe que por una confesión y una vez que aquel carácter ganancial ha sido aseverado por ambos consortes, se pueda destruir la manifestación primitiva, lo que sólo es admisible en los casos de incertidumbre sobre el carácter del bien.

Que tampoco cabe la rectificación, ya que se apoya en la confesión de quien no puede hacerla (el esposo que manifestó el carácter ganancial de la adquisición), quien se encuentra vinculado por la doctrina jurisprudencial de los actos propios, y no existe causa para llevar a cabo dicha transformación.

Que así se desprende del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Que no puede, pues, modificarse registralmente el carácter ganancial de la finca inscrita como tal.

2. Doctrina de la DGRN.

Se presenta en el Registro escritura pública por la que unos cónyuges comparecen ante Notario, reconociendo el esposo que determinadas fincas, participaciones indivisas y valores fueron adquiridos con dinero de la exclusiva propiedad de la esposa, la cual había obtenido el dinero "como indemnización por el expediente de responsabilidad patrimonial seguido contra la Universidad de Valencia y la Consellería de Sanidad de la Generalidad Valenciana, lo que probará donde proceda".

El Registrador practica la nota marginal a que se refiere el artículo 95. 6 del Reglamento, haciendo constar la cualidad de privativo confesado respecto de determinadas fincas que adquirió exclusivamente la esposa, denegando análoga nota respecto de otra que fue adquirida por los dos esposos y, en consecuencia, se inscribió a nombre de ambos con carácter ganancial, por resultar el marido vinculado por actos propios, y conforme a lo establecido en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Como consecuencia de lo anterior, se vuelve a presentar la misma escritura acompañada de otra en la que, compareciendo ambos esposos y la representante de la sociedad vendedora de la finca respecto de la que se denegó la constancia de la confesión de privatividad, esta última declara ratificar la escritura anterior, sin tener nada que oponer, por lo que se solicita la práctica del asiento correspondiente. El Registrador reitera la calificación anterior "pues la intervención de la transmitente no libera al marido de la fuerza vinculante del acto propio".

Recurre el Notario alegando que, en realidad lo que se solicita es la rectificación de un error contenido en el título que motivó la inscripción y que, existiendo el consentimiento de todos los otorgantes, nada se opone a la rectificación correspondiente, haciendo constar el carácter de privativo confesado de la finca en cuestión. El Presidente del Tribunal Superior estima el recurso, apelando el Registrador.

Hay que distinguir en el tema de la constancia registral del carácter de la contraprestación a los efectos de determinar la naturaleza —siquiera sea a los solos efectos registrales— del bien adquirido, dos supuestos distintos: una es la constancia de la confesión de privatividad realizada por el cónyuge a quien perjudica la misma respecto de un bien en cuya adquisición no hizo confesión o aseveración alguna, y que, en consecuencia, figura inscrito sólo a nombre del otro cónyuge, sin que su naturaleza con respecto a la sociedad de gananciales esté definitivamente establecida a los efectos registrales; y otro

supuesto distinto es el que ocurre en el presente caso, en el que ambos cónyuges adquirieron, por lo que el bien se inscribió como ganancial. En este último supuesto, existió un error en el título —consistente en configurar al marido como adquirente— el cual acarreó un error en el Registro, donde la naturaleza del bien (por supuesto, a efectos registrales) aparece fijada, y este error, si bien es rectificable mediante el consentimiento de todos los que intervinieron en el negocio, y conforme al artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, para ello será necesario, al menos que se declare el error que en su día se padeció, y, como consecuencia de ello, el asiento a practicar será la correspondiente inscripción de rectificación, que producirá los efectos que le son propios.

Tribuna Abierta

ESTA SECCIÓN PRETENDE SER UN FORO PERMANENTEMENTE ABIERTO, DONDE TODOS LOS LECTORES PUEDAN PARTICIPAR ACTIVAMENTE COMENTANDO EN ARTÍCULOS BREVES TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA, COMENTARIOS DE SENTENCIAS, ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS, ETC.

EN LAS CARTAS MECANOGRAFIADAS CONSTARÁ LA FIRMA, EL DNI, LA DIRECCIÓN Y UN TELÉFONO DE CONTACTO. DEBERÁN SER ENVIADAS A EDITORIAL LEX NOVA, C/ GENERAL SOLCHAGA N.º 3, 47008 VALLADOLID; LA DIRECCIÓN DE LA REVISTA SE RESERVA EL DERECHO A EDITAR LAS CARTAS POR RAZONES DE ESPACIO Y CLARIDAD.

NULIDAD: NULIDAD DE MATRIMONIO CANÓNICO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 644/2002, DE 27 DE JUNIO, DE LA SALA DE LO CIVIL

Mercedes de los Ríos González.

Abogada.

La cuestión debatida es si dicha resolución judicial viene a poner en entredicho, al amparo de distintos preceptos constitucionales, entre los que cabe destacar el artículo 16 de la CE, relativo a la aconfesionalidad del Estado Español (artículo 16.2 de la CE), la tradicional postura mantenida tanto por nuestra jurisprudencia como por la doctrina que sostenía la eficacia incuestionable en el orden civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, siempre y cuando fuera conforme la resolución a lo prevenido en el artículo 954 de la LEC. Por lo tanto, se puede afirmar, desde un primer momento, que no existe automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos según recoge la STC 66/1982, de 12 de diciembre, y que la Sentencia objeto de estudio viene a suponer un cambio profundo en el concepto de rebeldía procesal entendida en su vertiente internacionalista.

Según PRIETO, el ordenamiento jurídico español quiso integrar del canónico algo más que los simples rituales, y por eso aceptó la eficacia civil de sus

resoluciones, convirtiendo el sistema en uno de relevancia sustantiva. Pero lo que ocurrió fue lo siguiente, que lo que era conveniente en unos determinados momentos históricos no fue abordado de forma satisfactoria cuando tuvo lugar nuestra transición, bastando simplemente para afirmar esto un breve recorrido por la regulación legal que plantea el reconocimiento civil de dichas resoluciones. Y así, el marco legal de la cuestión debatida se fija con fecha 3 de enero de 1979, en el que se firman los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español, los cuales pueden ser considerados como compromisos del Estado o como normas jurídicas que se integran directamente en el ordenamiento jurídico interno. El tema realmente importante es el relativo a la competencia jurisdiccional y la modalidad de la misma: en el estudio que realiza la profesora Mónica GUZMÁN ZAPATER la clasifica como un sistema de competencia compartida entre la Iglesia y el Estado.

Y así el apartado 2 del artículo VI permite a quienes hayan contraído matrimonio canónico acudir a los Tribunales eclesiásticos para pedir la declaración de nulidad, sin embargo, literalmente dicho precepto establece "podrán acudir". El problema estriba no en si se puede acudir o no a los Tribunales, sino en determinar cuándo sus decisiones van a tener efectos civiles. Dichas decisiones tendrán eficacia cuando una de las partes acuda o solicite la eficacia civil de dicha resolución y para ello era necesario que se diera el supuesto que recogía la Disposición adicional 2.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en la que se requería que no se formulara oposición a esa solicitud y que, además, dicha resolución se ajustara al Derecho del Estado por Tribunal Civil competente.

Dos problemas planteaba la regulación legal y que trata de resolver la sentencia que es objeto de comentario. Por un lado es preciso sostener si para reconocer eficacia es preciso que no exista oposición de la parte y, además, resolver el problema del llamado "ajuste al Derecho del Estado", que recoge el artículo 80 del Código Civil, en el que además se introduce otro factor que ha dado lugar a problemas de interpretación y es la mención en dicho precepto del procedimiento que se ha de seguir para dicho reconocimiento, es decir, el recogido en el artículo 954 de la LEC.

- Valor de la oposición.—Anteriormente, se ha mencionado la postura adoptada con carácter general y que recogía la Disposición adicional 2.ª, que permitía una especie de reconocimiento automático cuando no existiera oposición. Sin embargo, existen excepciones a dicha afirmación que no puede ser tenida como una verdad absoluta. Y así, la Sentencia del TC 265/1988, de 22 de diciembre, supone una auténtica excepción a dicho régimen general seguido en relación al valor de la oposición que operaba de forma automática en la denegación de eficacia civil que había venido funcionando de la siguiente forma:

— En el caso de que por la parte no se hubiera formulado oposición el reconocimiento era automático.

— Si se había formulado oposición no se reconocían efectos civiles concediéndose a la oposición "efectos paralizantes".

Posteriormente, no cabría cualquier **oposición** sino la que fuera **fundada** y **razonada.** La oposición, como recoge la STC 265/1988, exige que la oposición sea formulada en términos razonados, es decir, excluyendo toda posible imputación de conveniencia y oportunismo. No es posible admitir que la simple oposición, sin un razonamiento racional y serio, pueda obligar al Juez a que deniegue el Auto establecido en la Ley porque, en este caso, se convierte al órgano judicial en un autómata, produciendo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, privándose de un instrumento procesal ordenado por la ley para acceder al proceso; es decir, se limitaría y restringiría un derecho fundamental sin una causa razonada y justificada.

No es posible aceptar la tesis del reconocimiento automático sin oposición por distintas razones entre ellas que estamos ante jurisdicciones distintas e independientes de la jurisdicción española. Los tribunales eclesiásticos aplicarán su propio Derecho: primero porque no sería lógico que se les otorgara una cierta competencia para aplicar el Derecho del Estado; y segundo, porque si para otorgar eficacia civil a sus resoluciones, éstas han de declararse ajustadas a aquél, quiere decir que no se está aplicando dicho Derecho. Las potestades son distintas, la canónica procede de la Santa Sede, pero es más, el artículo 80 del CC no establece para nada un reconocimiento automático en relación con el artículo VI de los Acuerdos Jurídicos con la Santa Sede sino que se establecen una serie de límites:

- Ajuste al Derecho Español.
- Procedimiento a seguir recogido en el artículo 954 de la LEC.

Estamos, por lo tanto, ante límites de fondo y forma. Sin que se pueda olvidar que el procedimiento que se ha de seguir es el de exequátur, que es el que se utiliza para el reconocimiento de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, es decir, para jurisdicciones distintas a la española, externa a ella si bien del conjunto o del juego de todos estos preceptos se puede llegar a la conclusión anteriormente citada relativa a que es una competencia compartida entre la Iglesia y el Estado.

Existen supuestos en nuestra doctrina jurisprudencial en la que no se otorga el reconocimiento automático aunque no exista oposición como es el que se recoge en la Sentencia de la AP de Madrid, Sec. 22, Sentencia de 2 de octubre

de 2001, en la que se deniega la eficacia civil de la resolución canónica de nulidad matrimonial ya que la misma no reúne el requisito relativo a que no se ajusta al Derecho del Estado, es decir, al ordenamiento jurídico, tal y como ha venido reconociendo el Tribunal Supremo entre otras en Sentencia de fecha 23 de noviembre de 1995, al señalar que se exige determinar si la resolución pontificia viola o no el orden público interno para denegar su homologación, y en la que, expresamente, se enseña que resultando atentatoria contra el Derecho constitucional no cabe el reconocimiento de esta forma, desde que el matrimonio, según la CE, tiene un carácter de temporalidad y disolubilidad, la creencia acertada sobre tales características no puede ofrecer relevancia alguna para anular el contrato matrimonial. Y así siendo principio esencial del ordenamiento constitucional, y, por ende, civil, la disolubilidad del matrimonio no puede aceptarse conforme a dicha normativa una resolución basada en un ordenamiento jurídico cuyo principio, esencialmente, es el opuesto.

No es posible, sin embargo, mantener que debe darse una coincidencia entre la causa canónica y la civil, por lo que realmente lo que haría el tribunal del Estado sería realizar un juicio de revisión de aquélla. También se ha venido sosteniendo en relación al ajuste que el Tribunal civil lo único que debe hacer es un juicio de verificación de requisitos formales y, especialmente, los que se refieren a la decisión adoptada en orden a su ejecución civil. Ciertamente la consideración de coincidencia absoluta dejaría vacío de contenido el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español, puesto que la prevalencia absoluta del régimen de causas del orden civil hace inoperante el ordenamiento canónico en la materia, la homologación debe tener un marcado carácter formal, reforzado por la necesaria prevalencia del orden constitucional, en cuanto a requisitos y condiciones mínimas, atinentes a la esfera del orden público del Estado.

Toda esta diversidad de posturas fue facilitada por el legislador pues el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados, al desarrollar en las Disposiciones Adicionales el procedimiento que se habría de seguir para obtener la eficacia civil de las sentencias canónicas, a la declaración de ajuste se le ocurrió añadir que además reuniera los requisitos que se exigen para la eficacia en España de las sentencias extranjeras cuando no hay tratado internacional ni reciprocidad, con lo cual no sólo no se aclaraba el contenido de la cláusula de ajuste sino que se iba más allá de lo acordado con la Santa Sede al exigir un nuevo requisito que no estaba previsto en el Acuerdo de 1979. Y así cuando se promulgó la Ley 30/1981, de 7 de julio, la Disposición adicional segunda de dicha ley y el artículo 80 del CC casi coincidían en su contenido, si bien el artículo 80 sólo exige para considerarla ajustada al Derecho del Estado que reúna los requisitos del artículo 954 de la LEC y la Disposición adicional segunda establece que “el Juez apreciará si la sentencia canónica es auténtica y ajustada al Derecho del Estado”.

Por lo que la única vía de inserción del Acuerdo con la Santa Sede en el ordenamiento jurídico español es su tratamiento como un auténtico exequátur en que la función del tribunal civil se ha de concretar como ha venido entendiendo el TS, entre otras, en la Sentencia de fecha 23 de noviembre de 1995, en un control de autenticidad de la resolución y de concurrencia de los requisitos esenciales en el ámbito formal y, por otra parte, en la licitud de la cuestión de fondo en el aspecto único de no vulneración de los derechos fundamentales de la persona.

- Valor de la rebeldía, como causa para denegar la eficacia.

En principio, es preciso determinar el concepto que de rebeldía ha elaborado la doctrina internacionalista, es un concepto propio de rebeldía en orden al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, al distinguir entre rebeldía involuntaria, en la que el emplazamiento y la citación del demandado al litigio han sido realizados por mecanismos basados en la ficción legal (edictos, tablones de anuncios, en boletines, periódicos, o personas ajenas al núcleo de relación personal del destinatario), de aquella situación que se clasifica de rebeldía tácita o de conveniencia, en la cual existe plena constancia de que el demandado ha tenido pleno conocimiento de la existencia del litigio, ha podido valorar la trascendencia y ha optado por no comparecer o por no hacerlo en la forma legal establecida. Esta distinción forma parte hoy de lo que ha venido en denominarse orden público, del Derecho internacional privado y tiene su reflejo normativo en importantes convenios internacionales, entre otros, el de la Conferencia de Derecho Privado de la Haya de 15 de noviembre de 1965 y el Convenio de Bruselas.

El TC en Sentencia n.º 150/1999, de 14 de septiembre, ha venido en afirmar que no existe indefensión alguna desde el punto de vista constitucional cuando a pesar de la oposición del demandado, el juez dicta auto concediendo la eficacia civil de la sentencia de nulidad eclesiástica siguiendo los trámites de la Disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ya que el demandado pudo intervenir en todos los trámites del procedimiento de nulidad canónica, ha conocido el desarrollo en todo momento y ha seguido la conducta procesal que ha estimado conveniente.

La Sentencia del TS objeto de debate distingue los dos tipos de rebeldía, si bien, y aunque la declaración se proclamó contra su voluntad al no haber sido citada o emplazada (rebeldía involuntaria) o la llamada rebeldía de conveniencia, es decir, por afán propio, la misma fue dictada en rebeldía con base en lo prevenido en el artículo 954.2 de la LE, siendo amparada en el primer supuesto por el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE y en el segundo por el principio de libertad religiosa establecido en el artículo 16 de la

CE, pero a lo que no se puede obligar a nadie es a que se atenga a las consecuencias de una resolución canónica cuando voluntariamente no quiere someterse al proceso canónico ya sea por sus convicciones o, incluso, por su interés.

La nueva postura adoptada a partir de esta sentencia puede dar lugar a que sólo se reconozcan efectos civiles a las resoluciones si en el correspondiente procedimiento seguido ante el Tribunal Eclesiástico las partes han reconocido al mencionado tribunal y han consentido estar y pasar por dicha jurisdicción ya que en caso contrario la parte no se tiene que ver afectada por una resolución que ni siquiera reconoce.

Habría que plantearse cómo afronta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil los dos problemas que se habían planteado con la anterior: el primero sería el relativo a la oposición sin fundamento y el problema de la adopción de las medidas:

a) La oposición en la nueva ley.

La eficacia civil ya no va a depender de que se formule o no formule oposición. El Juez es el que resolverá, previa audiencia de la otra parte y podrá decretar la eficacia civil aun con oposición.

Con respecto a su tramitación es fácil: presentada la demanda (es curioso, se le sigue llamando demanda cuando es un procedimiento de jurisdicción voluntaria), se dará audiencia por diez días al otro cónyuge y al MF y resolverá por medio de Auto lo que resulte procedente sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica (artículo 778.1).

b) La petición de medidas.

Cuando se soliciten medidas se sustanciará la petición de eficacia civil de la resolución o decisión canónica conjuntamente con la relativa a medidas.

El texto de la ley remite al art. 770 de la LEC, si bien la remisión ha de entenderse a lo prevenido en el artículo 775.

Crónica Legislativa

ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución de 1978 contiene en su artículo 32 un mandato al legislador a fin de que regule, con plena igualdad jurídica, los derechos y deberes de los cónyuges, así como las causas de separación y disolución del matrimonio, y sus efectos.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, de conformidad con los entonces nuevos principios, debía promover y proteger la dignidad de los cónyuges y sus derechos, y procurar que mediante la relación jurídica se favoreciera el libre desarrollo de la personalidad de ambos. A tal fin, habría de tener en consideración que, sistemáticamente, el derecho a contraerlo se configuraba como un derecho constitucional, cuyo ejercicio no podía afectar, ni, desde luego, menoscabar la posición jurídica de ninguno de los esposos en el matrimonio, y que, por último, daba lugar a una relación jurídica disoluble, por las causas que la ley dispusiera.

Su determinación y, en concreto, la admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio constituyó el núcleo de la elaboración de la ley, en la que, tras un complejo y tenso proceso, aún podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación-sanción.

El divorcio se concebía como el último recurso al que pudieran acogerse los cónyuges, y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado período de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose. En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes.

Estas disposiciones han estado en vigor durante casi un cuarto de siglo, tiempo durante el que se han puesto de manifiesto de modo suficiente tanto sus carencias como las disfunciones por ellas provocadas. Sirvan sólo a modo de ejemplo los casos de procesos de separación o de divorcio que, antes que resolver la situación de crisis matrimonial, han terminado agravándola, o en los que la duración de esa crisis ha llegado a ser superior a la de la propia convivencia conyugal.

El evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad ha privado paulatinamente a estas normas de sus condicionantes originales. Los tribunales de justicia, sensibles a esta evolución, han aplicado en muchos casos la ley evitando, de un lado, la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hacía evidente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su

matrimonio; y de otro, la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas.

La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad.

En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.

Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender ni de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación.

En este último sentido, se pretende evitar la situación actual que, en muchos casos, conlleva un doble procedimiento, para lo cual admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial, con importante ahorro de costes a las partes, tanto económicos como, sobre todo, personales.

No obstante, y de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio.

En suma, la separación y el divorcio se conciben como dos opciones a las que las partes pueden acudir a fin de dar solución a las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos.

Así pues, basta con que uno de ellos no desee su continuación para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos procesales. En este caso, y aparte del necesario transcurso del plazo de tres meses entre la celebración del matrimonio y la demanda de divorcio, sólo se requiere que en ésta se haga solicitud y propuesta de las medidas provisionales que, durante el proceso, regulen los efectos de la petición principal.

Se pretende, así, que el demandado no sólo conteste a las medidas solicitadas por el demandante, sino que también tenga la oportunidad de proponer las que considere más convenientes, y que, en definitiva, el juez pueda propiciar que los cónyuges lleguen a acuerdo respecto de todas o el mayor número de ellas.

La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar un resolución en la que imponga las medidas que sean precisas.

La ley prevé, junto a la anterior posibilidad, que ambos cónyuges soliciten conjuntamente la separación o el divorcio. En este caso, los requisitos que deben concurrir, así como los trámites procesales que deberán seguirse, son prácticamente coincidentes con los vigentes hasta ahora, pues sólo se ha

procedido a reducir a tres meses el tiempo que prudentemente debe mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud de divorcio. Por lo demás, las partes, necesariamente, deben acompañar a su solicitud una propuesta de convenio regulador redactada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil.

Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, aún mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.

Se pretende reforzar por ello la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En sentido, se contempla expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien que cada uno de los progenitores la ejerza compartidamente. También el juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.

En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que pueda evitarse.

Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.

Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán en beneficio del menor cómo se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestades. No obstante, los padres, cuando la adopción de determinadas decisiones relativas al ejercicio de sus potestades presente dificultad, habrán de tener en consideración que pueden optar, antes que por el recurso a la autoridad judicial, por solucionar sus diferencias acudiendo a procedimientos extrajudiciales más adecuados para la resolución de estos conflictos, entre los que cabe señalar la mediación.

Artículo único. Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio.—El Código Civil se modifica en los siguientes términos:

Uno. El artículo 81 queda redactado de la siguiente forma:

"Se decretará judicialmente la separación o el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

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

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos los tres primeros meses del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando el interés del otro cónyuge o el de los hijos exija la suspensión de la convivencia. Se entenderá que este interés concurre en los casos de denuncia por malos tratos interpuesta por uno de

los cónyuges contra el otro, o sobre los hijos que convivan con ambos.

A la demanda se acompañará propuesta de las medidas provisionales que hayan de regular los efectos derivados de la separación o del divorcio, conforme al artículo 103 de este Código."

Dos. La rúbrica del capítulo VII del título IV del libro I queda redactada en los siguientes términos: "De la separación y del divorcio".

Tres. Los artículos 82, 86 y 87 quedan sin contenido.

Cuatro. El primer párrafo del artículo 90 queda redactado en los siguientes términos:

"El convenio regulador a que se refiere el artículo 81 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:"

Cinco. Se da una nueva redacción al artículo 92, que queda redactado de la siguiente forma:

"Artículo 92.—La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años.

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

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

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 ejercida por uno solo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos.

Antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar el dictamen de un facultativo."

Seis. El artículo 97 queda redactado de la siguiente forma:

"El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión vitalicia, temporal o un tanto alzado según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez en sentencia determinará la cuantía de la pensión teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

1.ª La edad y el estado de salud.

2.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

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

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

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

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

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

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

Siete. Se modifican los artículos 834 y 835, que quedan redactados de la siguiente forma:

"Artículo 834.—El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de este judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Artículo 835.—Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos."

Ocho. Se suprime el párrafo segundo del artículo 837.

Nueve. Se modifica el artículo 840, que queda redactado en los siguientes términos:

"Artículo 840.—Cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios."

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única. Procesos pendientes de resolución.—Esta ley será de aplicación a todos los procesos que se encuentren pendientes de resolución en el momento de su entrada en vigor, con independencia de la instancia o vía de recurso en que se encuentren.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.—La regla 2.ª del artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda redactada del siguiente modo:

"2.ª La reconvención se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispondrá de 10 días para contestarla.

Sólo se admitirá la reconvención:

a) Cuando se funde en alguna de las causas que pueden dar lugar a la nulidad del matrimonio.

b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.

c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.

d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio."

Segunda. Modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil.—El párrafo 1.º del artículo 20 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil, queda redactado del siguiente modo:

"1.º Las de nacimiento, al Registro del domicilio del nacido o de sus representantes legales. En caso de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo podrán solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. A las inscripciones así practicadas les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16."

Tercera. Entrada en vigor.—La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Publicaciones, Noticias y Datos de Interés

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

Salario Mínimo Interprofesional (SMI) para 2004

16,36 euros/día o 490,80 euros/mes.

Índice de Precios de Consumo. (Datos interanuales)

Año	Ene.	Feb.	Mar.	Abr.	May.	Jun.	Jul.	Ago.	Sep.	Oct.	Nov.	Dic.
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			

Tabla estadística de pensiones alimenticias (cuando un solo progenitor obtiene ingresos)

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.170,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

Tabla estadística de pensiones alimenticias
(cuando existe un solo hijo y ambos progenitores perciben ingresos)

	900	**1.050**	**1.200**	**1.350**	**1.500**	**1.650**	**1.800**	**1.950**	**2.100**	**2.250**	**2.400**	**2.550**	**2.700**	**2.850**
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos.

Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Avances jurisprudenciales

TRIBUNAL SUPREMO

I. 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 31 de diciembre de 2003).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, Auto de 20 de enero de 2004).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 31 de marzo de 2004).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 27 de febrero de 2004).*

II. 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 27 de noviembre de 2003).*

- Insuficiencia del poder a Procuradores otorgado por la madre en su propio nombre, cuando además de hacerlo con esa cualidad también lo hacia en representación de sus hijos menores de edad. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 15 de diciembre de 2003).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 9 de febrero de 2004).*

III. 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 28 de noviembre de 2003).*

IV. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

- 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 de que dicha sociedad carecía de patrimonio. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 13 de noviembre de 2003).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 27 de noviembre de 2003).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 10 de diciembre de 2003).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 20 de diciembre de 2003).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 22 de diciembre de 2003).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 15 de enero de 2004).*

- 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. 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. Exclusión del inventario de los regalos de boda. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 30 de enero de 2004).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 18 de febrero de 2004).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 2 de marzo de 2004).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 10 de marzo de 2004).*

- Carácter privativo de la indemnización que por una negligencia médica debió abonar el esposo. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 31 de marzo de 2004).*

- Procedencia de la división del inmueble adquirido por los cónyuges en régimen de separación de bienes sin que pueda ser tenido 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 7 de abril de 2004).*

V. VIVIENDA FAMILIAR

- Inoponibilidad del derecho de uso atribuido en un procedimiento matrimonial frente a terceros de buena fe, habida cuenta de 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 art. 131 de la LH, siendo, por tanto, el adquirente tercero de buena fe. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 22 de abril de 2004).*

VI. 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 de apelación. *(T.S., Sala 1.ª, Auto de 30 de diciembre de 2003).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, Auto de 20 de enero de 2004).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, Auto de 16 de marzo de 2004).*

VII. 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 9 de diciembre de 2003).*

- Responsabilidad de la Aseguradora de un Ayuntamiento por el fallecimiento de un menor producido por ahogamiento en una piscina, no pudiendo imputarse toda la responsabilidad a la menor por haberse introducido en la misma en fase de digestión de los alimentos ingeridos en los 60 minutos previos al suceso. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 11 de marzo de 2004).*

- Concurrencia de culpas en la muerte por electrocución de niño jugando en una máquina existente en una estación de tren abierta, habida cuenta de la falta de vigilancia de la madre y de medidas de control de acceso por parte de RENFE. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 31 de marzo de 2004).*

VIII. 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 31 de diciembre de 2003).*

- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 5 de febrero de 2004).*

IX. 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 25 de noviembre de 2003).*

X. 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 de que en aquella época no existía la posibilidad de divorciarse. *(T.S., Sala 4.ª, S. de 27 de enero de 2004).*
- 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. *(T.S., Sala 4.ª, S. de 1 de marzo de 2004).*

XI. 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 30 de enero de 2004).*
- 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. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 29 de marzo de 2004).*
- 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 Alzehimer ya que por el grado en que se encontraba la enfermedad el Notario la consideró capaz. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 31 de marzo de 2004).*

XII. OTRAS CUESTIONES

- Condena a los médicos y aseguradora ante la inoperancia de la vasectomía practicada al actor, al no haberse informado al paciente de que en un porcentaje

entre el 0,2 y 1% puede producirse el fracaso de dicha operación. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 7 de abril de 2004).*

- Reclamada la ex esposa a su ex esposo y a su nueva esposa la cantidad que, en calidad de fiadora de un préstamo personal, abonó a la entidad bancaria ante el impago por los demandados, se estima la demanda y se desestima la causa de oposición alegada por los demandados al querer imputar a dicha deuda el dinero percibido por la ex esposa como consecuencia de la venta de la vivienda familiar, cuyo producto, según el convenio, pertenecía a las hijas. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 22 de abril de 2004).*

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

- El procedimiento de divorcio es autónomo del de la separación y no puede considerarse como si fuese un pleito de modificación de medidas. *(AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 16 de abril de 2004).*
- Se aprecia causa de divorcio por el transcurso de dos años de interrupción de la convivencia, al no considerarse reanudación de la vida conyugal que los cónyuges se hayan vuelto a ver en alguna ocasión. *(AP CANTABRIA, Sec. 2.ª, S. de 27 de abril de 2004).*
- No es admisible apreciar causa de divorcio distinta de la solicitada por las partes, sin caer en incongruencia, no siendo de aplicación a ese supuesto el art. 752 de la LEC. *(AP BALEARES, Sec. 3.ª, S. de 6 de mayo de 2004).*

II. 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, S. de 30 de marzo de 2004).*
- 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, S. de 31 de marzo de 2004).*
- 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, S. de 7 de abril de 2004).*

- 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, S. de 24 de mayo de 2004).*

III. 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, S. de 21 de abril de 2004).*
- 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, S. de 17 de mayo de 2004).*
- 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, S. de 18 de mayo de 2004).*

IV. 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, S. de 13 de abril de 2004).*
- La circunstancia de que el padre permaneciese en el que fue domicilio familiar y la madre y el hijo mayor de edad se trasladasen a otro lugar no impide que el hijo pueda solicitar una pensión alimenticia por vía del art. 93 del CC ya que el término "domicilio familiar" no puede interpretarse de manera restrictiva para denegar tal pensión. *(AP CANTABRIA, Sec. 3.ª, S. de 15 de abril de 2004).*
- 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, S. de 29 de abril de 2004).*

V. 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 enriquecimien-

to injusto en el perceptor de la misma no procede conceder efectos retroactivos a la sentencia que la acuerda. *(AP NAVARRA, Sec. 2.ª, S. de 21 de abril de 2004).*

- 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 2001 a través de ocupaciones o empleos que se han ido sucediendo en el tiempo. *(AP CÁCERES, Sec. 1.ª, S. de 29 de abril de 2004).*

- 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, S. de 14 de mayo de 2004).*

- 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, S. de 17 de mayo de 2004).*

- 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, S. de 18 de mayo de 2004).*

VI. 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, S. de 14 de abril de 2004).*

- 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, S. de 16 de abril d 2004).*

- 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, S. de 22 de abril de 2004).*

- 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, S. de 29 de abril de 2004).*

- Aunque existe cierto desequilibrio económico no se fija pensión compensatoria al haberse atribuido a la ex esposa el uso de la vivienda familiar. *(AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 29 de abril de 2004).*

- No procede fijar pensión compensatoria ya que el desequilibrio económico entre los cónyuges no se produjo como consecuencia de la separación, sino por el hecho posterior de reconocérsele al esposo una pensión por incapacidad permanente. *(AP CANTABRIA, Sec. 1.ª, S. de 11 de mayo de 2004).*

VII. 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, S. de 26 de marzo de 2004).*
- 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, S. de 30 de marzo de 2004).*
- Ineficacia de la propuesta de convenio regulador suscrita por los cónyuges y no ratificada posteriormente tras la solicitud del divorcio de mutuo acuerdo. *(AP CÁDIZ, Sec. 6.ª, S. de 30 de marzo de 2004).*

VIII. 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, S. de 9 de marzo de 2004).*
- 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, S. de 25 de marzo de 2004).*
- El auto que desestima la petición de litis expensas es irrecurrible no cabiendo por tanto reproducir la petición en el procedimiento principal. *(AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 16 de abril de 2004).*
- La incomparecencia voluntaria del Fiscal al acto del juicio verbal, pese a hallarse citado, no ha de determinar la declaración de nulidad de las actuaciones, máxime cuando ninguna indefensión se ha ocasionado con ello a la parte que hoy apela. *(AP GRANADA, Sec. 4.ª, S. de 19 de abril de 2004).*
- Aunque el demandado hubiese permanecido en situación de rebeldía, no existe fraude de ley en que aproveche la impugnación al recurso de apelación inter-

puesto por el actor para impugnar también los pronunciamientos de la sentencia frente a los que no esté de acuerdo. *(AP CÁCERES, Sec. 1.ª, S. de 29 de abril de 2004).*

- No es motivo de inadmisibilidad de la preparación del recurso de apelación el no expresar los pronunciamientos que impugna, al ser un defecto subsanable, no requerido por el propio Juzgado, y subsanado al interponer el recurso. *(AP TERUEL, S. de 18 de mayo de 2004).*

- No se imponen las costas al estimarse inaplicable el art. 394 de la LEC a los procesos matrimoniales, precepto que tiene su ámbito únicamente en los juicios declarativos. *(AP TERUEL, S. de 18 de mayo de 2004).*

IX. 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, S. de 7 de abril de 2004).*

X. 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, S. de 18 de marzo de 2004).*

- 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, cual la relativa a cuáles 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, S. de 29 de marzo de 2004).*

- 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, S. de 29 de marzo de 2004).*

- 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, S. de 22 de marzo de 2004).*

- No procede incluir en el activo una cantidad por la pérdida de beneficios al no haber alquilado el esposo el piso cuya administración se le adjudicó, ya que el mismo estuvo ocupado por un hijo del matrimonio. *(AP ZARAGOZA, Sec. 5.ª, S. de 25 de marzo de 2004).*

- La fecha en que se dictó el auto de medidas es intrascendente a los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales que tiene lugar únicamente cuando adquiere firmeza la sentencia de separación o divorcio. *(AP ZARAGOZA, Sec. 5.ª, S. de 25 de marzo de 2004).*

- Inclusión del fondo de comercio en el activo de la sociedad. *(AP ZARAGOZA, Sec. 5.ª, S. de 25 de marzo de 2004).*

- Si las partes no piden nada al respecto, el órgano judicial no tiene por qué dictar normas de administración y disposición de los bienes gananciales. *(AP GRANADA, Sec. 4.ª, S. de 29 de marzo de 2004).*

- 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 del art. 806 y ss. de la LEC para liquidar definitivamente la sociedad. *(AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 2 de abril de 2004).*

- 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, S. de 23 de abril de 2004).*

- 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 con base en 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, S. de 6 de mayo de 2004).*

- 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, S. de 20 de mayo de 2004).*

XI. 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, S. de 17 de marzo de 2004).*

- Confirmación de la declaración de desamparo y del acogimiento preadoptivo sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se fije un régimen de visitas entre el nieto y el menor. *(AP SEVILLA, Sec. 8.ª, S. de 29 de marzo de 2004).*

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

I. 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. *(R. de 3 de marzo de 2004).*
- 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. *(R. de 31 de enero de 2004).*
- 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 de que el reconocimiento no se ajusta a la realidad. *(R. de 2 de febrero de 2004).*
- 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. *(R. de 3 de marzo de 2004).*

II. 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. *(R. de 10 de febrero de 2004).*

III. 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. *(R. de 21 de febrero de 2004).*

IV. 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, 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. *(R. de 5 de febrero de 2004)*.

- 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. *(R. de 12 de febrero de 2004)*.

- 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. *(R. de 16 de febrero de 2004)*.

V. 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. *(R. de 20 de febrero de 2004)*.