

LOS ABUELOS

Es un hecho innegable que los efectos de la crisis de pareja no solo repercuten en los cónyuges y en sus hijos, sino que también se extienden a otras personas, como son los padres, hermanos, amigos e incluso a los compañeros de trabajo. ¿Quién no ha tenido que escuchar una y otra vez a algún pariente o amigo que cansinamente nos comenta los detalles de la crisis y el porqué de todo ello? El que escucha siempre les predice un futuro maravilloso: ya verás, vas a encontrar un buen trabajo, a un nuevo compañero/a mejor que el que tenías, vas a poder hacer todo lo que antes no podías, todo va a ser perfecto... pero luego no siempre se cumplen los vaticinios, aunque sí es cierto que siempre se sale para adelante.

La misión de algunos solo es escuchar y aconsejar. Pero otros no pueden limitarse a eso, y su función en la crisis va más allá, no solo tienen que apoyar emocionalmente a la persona que se separa, sino que también es necesario apoyarla materialmente. Cuántas personas después de la crisis se trasladan, aunque sea temporalmente, al hogar paterno. En otras ocasiones, los padres son los que tienen que reequilibrar la maltrecha economía familiar y a modo de ayuda humanitaria, generalmente sin retorno, financiar las necesidades más perentorias. También tienen que atender a los nietos cuando sus hijos, por razones laborales o sencillamente porque necesitan salir de noche, no pueden atenderlos. Cuántos padres separados al recoger a sus hijos lo primero que hacen es dejarlos en casa de los abuelos. Cuántos abuelos están sufriendo las recogidas y entregas conflictivas. Cuántos desvelos y preocupaciones tienen estas personas... En los casos de desamparo de menores, su función va mucho más allá que el simple apoyo moral y/o económico, y vemos con frecuencia que tienen que pasar a primera línea y ejercer de padres de sus nietos. Son la familia extensa y allí es donde hay que intentar reintegrar a los menores.

Después de lo que tienen que escuchar, ver y sufrir, algo tendrán que decir ¿no? No se trata de volver a los Consejos de Familia o a los Consejos de Ancianos, esta sociedad ya se ha encargado de quitar la autoridad moral a los mayores. Pero, ¿sería bueno que el juez les escuchara antes de adoptar las medidas de la crisis familiar? Lógicamente no estamos pensando en que vengan al procedimiento como testigos y que contesten con vehemencia a las preguntas de los abogados. ¿Podría implantarse una audiencia o exploración de los abuelos sin la presencia de los cónyuges ni de los abogados?

Desde otra óptica totalmente distinta, también vemos a muchos abuelos que acuden a los juzgados de familia “mendigando” mas visitas para ver a sus

nietos, cuando uno de los progenitores ha fallecido. Ya se han olvidado las atenciones y desvelos que prestaron en el pasado. Se hace un juicio de culpabilidad y la condena se extiende no sólo al cónyuge sino también a toda su familia, viendo los abuelos truncada la relación con sus nietos.

La cuestión no es imponer obligatoriamente una relación con los abuelos, ya que, antes de nada, el interés prioritario es el de los menores, y así vemos casos en la jurisprudencia en los que se deniegan las visitas: “No fijación de régimen de visitas entre la abuela y sus nietas después de haber transcurrido más de ocho años sin tener relación” (AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 25 de febrero de 1998); “No pueden imponerse judicialmente las visitas con la abuela cuando los nietos de 15 y 12 años rechazan rotundamente las mismas” (AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 15 de noviembre de 2001); “No fijación por ahora de un régimen de visitas entre los abuelos y el menor, ya que en su momento, los abuelos no mostraron interés en visitarla” (AP Asturias, Sec. 7.^a, Sentencia de 19 de febrero de 2002); “Habiendo acreditado que las visitas de las menores con la abuela paterna constituyen una fuente de estrés e inseguridad no procede por ahora la fijación de un régimen de visitas” (AP Guipúzcoa, Sec. 1.^a, Sentencia de 22 de abril de 2002).

Como señaló la sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2001, la relación afectiva, el vínculo de sangre, el trasvase de una experiencia vivida y el interés en la transmisión de ideas y creencias constituyen hoy un acervo personal y cultural de innegable valor para quienes inician su andadura vital, y por ello no puede, sin causa justificada, denegarse las visitas entre los abuelos y los nietos. El Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de mayo de 2000 dejó muy claro que este tipo de relaciones, que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores.

En el Consejo de Ministros celebrado en junio pasado, el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, dentro de lo recogido en el Plan Integral de Apoyo a la Familia, presentó un informe sobre un anteproyecto de ley, que supondrá una nueva regulación de la relación de los abuelos con sus nietos en los procesos de separación, divorcio o nulidad. Esta nueva regulación, que modifica cinco artículos del Código Civil, establece de forma expresa el derecho de los abuelos a visitar a los nietos en caso de ruptura matrimonial, haya acuerdo o no entre las partes, a ser oídos en los procedimientos judiciales y a que, en determinados casos, pueda serles encomendada la custodia de los nietos.

Poco a poco hay que ir poniendo las cosas en su sitio, y por mucho que los avances tecnológicos nos vayan marcando el camino, a veces hace falta mirar atrás y posiblemente nos tengan que enseñar muchas cosas esas personas que no saben manejar los ordenadores.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del art. 541 de la LEC). *Lorenzo Crespí Ferrer* 23
- Violencia doméstica: algunas respuestas desde el Derecho Civil (II). *José Manuel Busto Lago* 47

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 89
 - 1. Legitimación de los guardadores de hecho para interponer recurso de amparo contra una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que se les negó la personación. Declaración de nulidad del auto dictado por la Audiencia Provincial revocando el dictado por el Juzgado de Instancia, al no justificarse debidamente en dicha resolución la ausencia de peligro para la integridad moral de la menor (*S. 221/2002, de 25 de noviembre*) 89
- TRIBUNAL SUPREMO 105
 - I. **Filiación** 105
 - 1. Validez de la citación efectuada al procurador del demandado personado en autos a los efectos de someterse a la prueba biológica. (*S. de 12 de febrero de 2002*) 105

	<u>Página</u>
2. Legitimidad del progenitor no matrimonial sin posesión de estado para reclamar la filiación, habiendo quedado por lo demás debidamente acreditada con el contundente resultado de la prueba practicada que acreditaría sin duda alguna la paternidad del demandante, reconocida incluso por la demandada en varias cartas manuscritas y unidas a los autos por más que luego se negara reiteradamente a colaborar en la práctica de la prueba biológica. (<i>S. de 22 de marzo de 2002</i>)	107
3. Aunque la prueba de ADN practicada no puede considerarse fiable al existir impurezas y otras circunstancias debidas a la putrefacción del cadáver del presunto padre, de los hechos resultan actos contundentes como la existencia de relaciones de noviazgo, el reconocimiento de la paternidad tiempo atrás en documento privado y la entrega de diversas sumas de dinero a favor de la madre por desistir del procedimiento y repudiar la herencia del recurrido, por lo que debe reconocerse sobre la base de la prueba de presunciones la relación parental que une a la hija-recurrente con su padre ya fallecido. (<i>S. de 1 de abril de 2002</i>)	110
4. Desestimación de la demanda de reclamación de paternidad a pesar de no haberse podido practicar la prueba biológica que fue admitida en su momento, ya que las causas de su no práctica se han debido a la falta de localización de las personas implicadas, no pudiendo por ello entenderse una voluntad re-nuente por los demandados a su práctica. (<i>S. de 25 de abril de 2002</i>)	117
II. Regímenes económico matrimoniales	119
1. Nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales al haberse incluido en ella un inmueble que no tiene carácter ganancial, puesto que éste fue donado por los padres del esposo a éste, y aunque él mismo se subrogó en la hipoteca que gravaba el inmueble, no es aplicable el art. 1.355 del CC habida cuenta que no es posible atribuir el carácter ganancial por capitulaciones al bien en cuestión al haberse preadquirido a título gratuito. (<i>S. de 26 de febrero de 2002</i>)	119

	Página
2. Al ser la vivienda un bien privativo de la esposa y ser ella la que incumplió sus obligaciones de entregar la cosa arrendada con las debidas condiciones para su uso por los arrendatarios, responsabilidad producida, por las deficiencias advertidas en la instalación eléctrica de la vivienda arrendada y que ha causado la muerte de tres personas, no pueden repercutir las consecuencias de este ilícito a la sociedad ganancial ni al marido pues escapa de la administración ordinaria de los frutos de los bienes privativos que sí se incorporan al común consorcial. (<i>S. de 14 de marzo de 2002</i>)	123
3. Inexistencia de préstamo en la entrega de un cheque por parte de los padres al hijo, ya que ésta solo puede calificarse como de una donación. (<i>S. de 15 de marzo de 2002</i>)	128
4. Carácter privativo de los bienes adquiridos con anterioridad a contraer matrimonio, pese a que la compraventa se elevara a escritura pública con posterioridad y constara registralmente la presunción de ganancialidad de los bienes en cuestión, sin que haya existido acuerdo conyugal que les atribuyera este carácter. (<i>S. de 17 de abril de 2002</i>)	129
5. Carácter ganancial del inmueble adquirido por el esposo en documento privado constante la sociedad de gananciales, declarándose la nulidad de la escritura de compraventa otorgada con posterioridad en la que se vende con carácter privativo al esposo. (<i>S. de 17 de abril de 2002</i>)	133
III. Convenio regulador	137
1. Validez y eficacia de un convenio regulador que suscribieron extrajudicialmente los cónyuges que no se redactó como propuesta para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. (<i>S. de 15 de febrero de 2002</i>)	137
2. Derecho del esposo a cobrar las cantidades que le adeudaba la esposa en virtud del reconocimiento de deuda que aquélla había realizado en el convenio regulador de la separación y que estaba motivado por el exceso de adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal, sin que se haya acreditado que tal reconocimiento se hiciese bajo coacción para poder obtener la separación. (<i>S. de 14 de mayo de 2002</i>)	140

	Página
IV. División de cosa común	144
1. Procede declarar la división de la comunidad existente entre los esposos litigantes sobre el aparcamiento y vivienda, cuyo uso tiene atribuido la esposa demandada por decisión judicial, sin que la cesación de la comunidad afecte al derecho de uso que ha de ser mantenido en caso de venta de la cosa en pública subasta. (<i>S. de 26 de abril de 2002</i>)	144
V. Cuestiones procesales	147
1. Rescisión de la sentencia de divorcio dictada sin haber intervenido en el proceso la esposa, sin haber existido el más mínimo esfuerzo en hallar su paradero, y sin que esta hubiese tenido conocimiento de la sentencia dictada hasta que se interpuso el recurso de revisión. (<i>S. de 16 de febrero de 2002</i>)	147
2. Estimación del recurso de revisión interpuesto por la esposa con base en la aportación extemporánea de un informe pericial psicológico con el fin de inducir a error al órgano judicial, que no fue sometido a contradicción y en virtud del cual se basó la sentencia recurrida que al final atribuyó la guarda y custodia de los hijos al padre. (<i>S. de 25 de marzo de 2002</i>)	149
VI. Reconocimiento de sentencias extranjeras	152
1. Reconocimiento del divorcio decretado en Cuba ante Notario y sin intervención judicial, habida cuenta que en dicho país y a tenor del derecho cubano parece desprenderse que la intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo disenso sobre el vínculo matrimonial, sino que se le atribuyen competencias en cuanto a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujetos la ruptura del vínculo y los efectos derivados de él en orden a los hijos menores comunes, ello dentro de un determinado procedimiento al que de modo preceptivo deberán acomodarse las solicitudes de divorcio de mutuo acuerdo. (<i>A. de 11 de diciembre de 2001</i>)	152

	Página
2. Denegación del exequátur solicitado por el padre que pretende ejecutar en España una sentencia dictada en el Reino Unido y que le atribuía la guarda y custodia del hijo al no acreditarse la firmeza de la resolución que se pretende ejecutar y existir un procedimiento de separación en España en el que se ha dictado un auto de medidas provisionales que es contradictorio con la resolución a ejecutar, con lo que se contraría el orden público. (<i>A. de 20 de marzo de 2002</i>)	154
3. El Tribunal Supremo declina su competencia para conocer de un exequátur al ser de aplicación el Reglamento 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, habida cuenta que cuando se dictó la sentencia que se pretende reconocer ya estaba en vigor dicho Reglamento, siendo indiferente que no estuviese vigente cuando se inició el procedimiento de divorcio. (<i>A. de 9 de abril de 2002</i>)	157
VII. Responsabilidad extracontractual	159
1. Condena por responsabilidad extracontractual a un menor de diecisiete años que golpea con un balón a otra menor causándole lesiones, ya que dicho menor reunía la suficiente capacidad volitiva e intelectual como para comprender la trascendencia de sus actos y sus posibles riesgos y resultados. (<i>S. de 8 de marzo de 2002</i>)	159
VIII. Cuestiones fiscales	162
1. Aun participando de la sensibilidad social que le llevaría a asimilar los efectos jurídico-tributarios del matrimonio a las uniones de hecho estables o <i>more uxorio</i> , no se puede obviar, ni tergiversar, el estricto sometimiento a la Ley a que está obligada, en tanto que la presión social no sea lo suficientemente intensa como para inducir al Poder Legislativo al cambio que en este caso sería necesario, en la norma fiscal. Por ello, el hecho imponible en el supuesto que se enjuicia no es otro que la transmisión hereditaria de una serie de bienes entre dos personas que mantenían una convivencia de hecho, por lo que no puede considerarse producida una transmisión hereditaria de bienes entre personas casadas. (<i>S. de 8 de febrero de 2002</i>).	162

	Página
IX. Sucesiones	165
1. El cómputo de los cuatro años para el ejercicio de la acción rescisoria de una donación por haberse efectuado en fraude de acreedores comienza desde la fecha de la inscripción del acto fraudulento en el Registro de la Propiedad. (<i>S. de 13 de febrero de 2002</i>)	165
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	169
I. Procesal	169
1. Contra la sentencia que aprueba la división de herencia en el procedimiento del artículo 787 LEC no cabe recurso de casación, salvo la impugnación por el juicio ordinario que corresponda (<i>TSJ NAVARRA, S. de 3 de octubre de 2002</i>)	169
II. Pensiones de viudedad	173
1. Para que el matrimonio produzca efectos civiles tendrá que ser contraído de forma civil o religiosa en los términos expresados por el CC, y en la actual conformación de nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio gitano no participa de la naturaleza de ninguno de ellos, exigiendo la LGSS la condición de “cónyuge” del causante al beneficiario/a de la pensión de viudedad, término interpretado por la jurisprudencia constitucional y ordinaria en el sentido de que han quedado excluidas de la prestación las parejas de hecho, y cuantos, en definitiva, no han contraído matrimonio conforme a la legalidad aplicable (<i>TSJ MADRID, S. de 7 de noviembre de 2002</i>)	173
2. Denegación de pensión de viudedad al no existir matrimonio entre los convivientes ya que no puede equipararse al mismo la unión por el rito gitano (<i>TSJ CATALUÑA, S. de 12 de diciembre de 2002</i>)	177
AUDIENCIAS PROVINCIALES	181
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	181
1. No concurre causa alguna para declarar la nulidad del matrimonio, ya que la alegación del esposo en cuanto a que el otro cónyuge solo celebró el matrimonio con la intención de crear una apariencia de vínculo para beneficiarse de ella a efectos de adquirir la nacionalidad española no ha quedado acreditado en ningún momento, habida cuenta que el matrimonio no se celebró con precipitación y que, por ser de origen hispanoamericano, podía haber accedido a la nacionalidad española sin grandes dificultades. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 7 de mayo de 2002</i>	181

	Página
2. Concurrencia de la causa de separación por infidelidad del esposo al haber quedado acreditado que éste viene conviviendo con otra mujer, sin que pueda resultar creíble que dicha convivencia está motivada exclusivamente por que no puede pagar un alquiler. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 5 de julio de 2002</i>	183
II. Patria potestad	184
1. Privación de la patria potestad cuando el demandado, desde los primeros años de la vida del hijo, ha omitido los deberes de asistencia material y moral, lo que ha motivado la integración del niño en la actual familia de la madre y que sólo conozca como padre al marido de la actora. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 16 de octubre de 2002</i>	184
III. Guarda y custodia	187
1. El beneficio del menor es un criterio objetivo que no puede fundamentarse en exclusiva en la voluntad del propio menor, pues este no tiene todas las condiciones precisas para conocer qué es lo más beneficioso o conveniente para su desarrollo personal, de forma que no puede decidirse el régimen de guarda y custodia en función a esa simple voluntad. <i>AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, S. de 27 de mayo de 2002</i>	187
2. Estando justificado perfectamente el cambio de domicilio de la esposa e hijos a otra ciudad no procede en fase de ejecución de sentencia acordar la modificación de la guarda y custodia a favor del padre. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 9 de julio de 2002</i>	189
IV. Régimen de visitas	190
1. Fijación de un régimen de visitas respecto a una menor adoptada, a favor de una mujer que formaba una unión de hecho homosexual con la adoptante. <i>AP TENERIFE, Sec. 1.ª, S. de 6 de mayo de 2002</i>	190
2. Fijación de un régimen de visitas a favor de la abuela paterna estando privado de la patria potestad el padre, ya que no se ha acreditado que dicha visita sea perjudicial para el menor. <i>AP VIZCAYA, Sec. 4.ª, S. de 16 de mayo de 2002</i>	193

	<u>Página</u>
3. No procede fijar como régimen de visitas todos los fines de semana, ya que no sería acorde al interés del menor privarle de la compañía paterna durante todas las etapas de descanso escolar que permiten unas relaciones de características especiales. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 19 de julio de 2002</i>	194
4. Validez de la cláusula en la que los cónyuges pactan que, en los supuestos de enfermedad padecida por los menores, el cónyuge a cuyo cuidado estuviere se lo comunicará al otro lo más rápidamente posible, pudiendo en este caso ser visitado sin ningún tipo de impedimento y limitación. <i>AP VALLADOLID, Sec. 3.ª, S. de 28 de octubre de 2002</i>	195
V. Vivienda familiar	196
1. Desestimación de la demanda de precario instada por los titulares de la vivienda que ocupan la esposa y el hijo en virtud de resolución judicial, al haberse apreciado la existencia de abuso de derecho en la venta de la mitad indivisa del inmueble que pertenecía al esposo con anterioridad al procedimiento matrimonial. <i>AP BADAJOZ, Sec. 2.ª, S. de 8 de junio de 2002</i> .	196
2. Extinción del uso de la vivienda familiar cuando el hijo ya es independiente económicamente y en dicho domicilio se ha constituido el nuevo núcleo de la ex esposa y su nuevo esposo. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 2 de septiembre de 2002</i> .	197
VI. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	198
1. Reducción de la pensión alimenticia al haberse acreditado que el padre perdió el trabajo como consecuencia de una regulación de empleo sin que sea obstáculo para ello que en aquel momento percibiese una indemnización de 6.000.000 de pesetas. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 25 de junio de 2002</i> ..	198
2. Dada la honda discrepancia existente entre el hijo y el padre no puede estimarse la posibilidad de que éste preste los alimentos al hijo recibéndolo en su propio domicilio. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 13 de julio de 2002</i>	199
3. Las clases de judo, el comedor escolar, los libros de texto y el material escolar no tienen carácter de gastos extraordinarios. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 19 de julio de 2002</i>	200

	Página
4. Aun cuando el hijo ha cumplido 26 años de edad no procede dejar sin efecto la pensión alimenticia, ya que actualmente se encuentra en una avanzada etapa de su formación académica que le ha de permitir su próxima integración en el mercado laboral; por ello se estima prudente limitar temporalmente a un año el abono de la pensión. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 13 de septiembre de 2002</i>	201
5. Los elevados ingresos del padre determinan una mayor cuantía de la pensión alimenticia por cuanto mayores son las necesidades de un menor cuyo desarrollo se circunscribe a un entorno dotado de mayores recursos. <i>AP CANTABRIA, Sec. 4.ª, S. de 26 de septiembre de 2002</i>	202
VII. Pensión compensatoria	203
1. Mantenimiento de la pensión compensatoria ya que en el informe de la detective se reflejan hechos y apreciaciones subjetivas carentes del obligado sustrato u origen de conocimiento fiable, y que por ello resultan ineficaces pues no se consignan los días concretos de efectiva pernoctación comprobada del supuesto conviviente, ni se objetivan con fechas y horas los hechos determinantes de valoración a los efectos de prueba de la vida común habitual y estable. <i>AP GIRONA, Sec. 2.ª, S. de 6 de junio de 2002</i>	203
2. No procede fijar pensión compensatoria temporal dada la duración de la convivencia entre los litigantes, durante 24 años, la edad de la esposa a la fecha del cese convivencial, 51 años, la dedicación a la casa y a la familia, sin que se le conozca actividad laboral retribuida fuera de ella, y la falta de calificación profesional. <i>AP GIRONA, Sec. 2.ª, S. de 6 de junio de 2002</i>	205
3. No procede extinguir la pensión compensatoria por la circunstancia de que la esposa haya comenzado a cobrar una pensión no contributiva. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 9 de julio de 2002</i>	205
4. No procede aumentar la cuantía de la pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio con base en que la esposa desconocía los ingresos reales que percibía el esposo cuando se tramitó la separación. <i>AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 13 de septiembre de 2002</i>	207

	Página
5. No es motivo para el aumento de la pensión compensatoria que la esposa tenga nuevas cargas dimanantes del préstamo hipotecario que pesa sobre la vivienda familiar que se le adjudicó en la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que cuando se produjo tal adjudicación ya conocía dicha carga. <i>AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 13 de septiembre de 2002</i>	207
VIII. Cuestiones procesales	208
1. Los hijos no están legitimados ni para accionar ni para ser demandados en los procesos matrimoniales, aunque se den los presupuestos establecidos en el art. 93.2 CC. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 2 de septiembre de 2002</i>	208
2. Condena en costas en el procedimiento de modificación de medidas cuando la demanda es desestimada. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 5 de julio de 2002</i>	209
3. No procede declarar la nulidad de actuaciones por la circunstancia de que no se haya grabado la vista en soporte magnético. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 5 de julio de 2002</i>	210
4. Adopción de medidas cautelares frente a una sociedad limitada propiedad de los cónyuges al haber quedado acreditada la intención de la esposa de cerrar el negocio tras haberse presentado la demanda de separación. <i>AP ZAMORA, A. de 12 de noviembre de 2002</i>	211
IX. Ejecución de sentencias	214
1. Si la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación, las medidas que se acordaron en la sentencia de instancia son exigibles desde la fecha en que esta se dictó. <i>AP GIRONA, Sec. 2.ª, A. de 26 de junio de 2002</i>	214
2. Los efectos de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de apelación se retrotraen a la fecha de la sentencia de 1.ª instancia, y por tanto, desde dicha fecha se deberá abonar la cuantía fijada en apelación. <i>AP LUGO, Sec. 2.ª, A. de 12 de septiembre de 2002</i>	215

	Página
3. Estimación de la oposición a la ejecución de un convenio regulador en el que se contenían las bases para llevar a efecto la liquidación de la sociedad de gananciales y en la que aparecía un crédito a favor de la esposa, cuando con anterioridad a dictarse sentencia los cónyuges liquidaron la sociedad ante notario modificando los pactos anteriores. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 27 de septiembre de 2002</i>	216
X. Regímenes económicos	218
1. La comparecencia prevista en el art. 809 de la LEC no es propiamente una vista, sino que se trata de una diligencia judicial que se lleva a cabo a la presencia del Secretario, y por ello, la falta de asistencia de Letrado a la diligencia para la formación de inventario no determina la incomparecencia del cónyuge si éste asiste personalmente o bien interviene representado por el Procurador en una actuación facultativa de éste, y si ello es así, en este caso se debió dar intervención al Procurador comparecido de la parte apelante para contribuir a la formación del inventario con el Secretario. <i>AP TENERIFE, Sec. 4.ª, A. de 1 de julio de 2002</i>	218
2. Carácter ganancial del préstamo contraído vigente la sociedad de gananciales y a favor de una empresa de carácter familiar siendo avalista el esposo, siendo indiferente que con posterioridad se otorgasen capitulaciones matrimoniales. <i>AP LUGO, Sec. 1.ª, S. de 4 de julio de 2002</i>	221
3. Carácter privativo de la indemnización concedida a la esposa una vez disuelta la sociedad de gananciales por haber desistido del contrato de arrendamiento de la vivienda cuyo uso y disfrute tenía atribuido por resolución judicial. <i>AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 14 de junio de 2002</i>	222
XI. Filiación	223
1. La filiación paterna nacida en virtud de un reconocimiento podrá ser impugnada por vicios en el plazo de un año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, que es lo sucedido en el presente caso, en el que la demanda se presentó dentro del año siguiente a obtener las pruebas biológicas en las que, tras siete años ignorando dicha circunstancia, pudo conocer que la reconocida no era hija biológica suya. <i>AP CÁDIZ, Sec. 5.ª, S. de 16 de mayo de 2002</i>	223

	Página
XII. Procedimientos de menores	226
1. Mantenimiento del desamparo ya que la madre se ha desentendido de la menor y, en cuanto al padre, al estar tramitándose demanda sobre impugnación de paternidad, habrá que estar al contenido de la sentencia, sin que ante la incertidumbre de la filiación sea procedente dejar sin efecto la medida de protección. <i>AP PALENCIA, S. de 17 de mayo de 2002</i>	226
2. No es necesario que preste el asentimiento a la adopción el padre que fue condenado por un delito continuado de abusos sexuales a la hija menor y que ha incumplido su deber alimenticio respecto a ella y que se fijó en el procedimiento de separación. <i>AP GIRONA, Sec. 2.ª, S. de 27 de julio de 2002</i> ..	228
3. No se puede atender tan sólo a la estabilización de la situación de los padres, prescindiendo por completo del largo tiempo que ya duraba el desamparo hasta que se produjo la impugnación de la resolución y la evolución que han ido siguiendo los menores durante éste, lo que conlleva que atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, no proceda dejar sin efecto el desamparo, máxime cuando los menores tienen un fuerte arraigo afectivo con los acogedores. <i>AP GIRONA, Sec. 2.ª, S. de 12 de julio de 2002</i>	230
4. El momento en que se valora si un progenitor está o no incurso en causa de privación de la patria potestad es aquel en que la entidad pública interviene retirando a los menores de su familia biológica, y no el actual. <i>AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, S. de 29 de julio de 2002</i>	236
XIII. Uniones de hecho	238
1. Improcedencia de aplicar la legislación de parejas de hecho navarra al existir un conflicto de leyes, debiendo resolverse la cuestión de acuerdo con lo establecido en el art. 9.2 del CC y por tanto, estando la residencia habitual de los convivientes fuera del territorio foral, no tienen la condición de pareja estable de hecho conforme a la Ley navarra. <i>AP NAVARRA, Sec. 2.ª, S. de 12 de junio de 2002</i>	238
2. No fijación de indemnización alguna a favor de la conviviente al no haberse acreditado que colaborase en la actividad profesional del otro conviviente. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 12 de julio de 2002</i>	242

	<u>Página</u>
XIV. Temas penales	244
1. Condena al esposo por un delito de estafa al haber utilizado la firma de la esposa para obtener un lucro patrimonial a costa del patrimonio de aquélla. <i>AP BARCELONA, Sec. 2.^a, S. de 13 de mayo de 2002</i>	244
2. Absolución del delito de impago de pensiones al no cumplirse los presupuestos del delito ya que aunque el denunciado está obligado al pago de la pensión alimenticia, al carecer de posibilidades económicas está impedido para poder abonarla. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 2.^a, S. de 31 de julio de 2002</i>	247
XV. Otras cuestiones	249
1. La dedicación de la esposa a la familia y la colaboración en tareas de auxiliar o administrativa en la consulta del esposo ha de considerarse ya debidamente compensada con la titularidad que ostenta de la mitad indivisa de la casa unifamiliar que fuera vivienda común, por lo que no procede fijar pensión alguna, pues en otro caso ello implicaría la sustitución del régimen de separación de bienes por el de sociedad de gananciales. <i>AP LLEIDA, Sec. 1.^a, S. de 4 de octubre de 2002</i>	249

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación	253
1.1. Es inscribible la adopción constituida en el extranjero por un adoptante español en favor de la hija de su consorte, sin declaración de idoneidad de la entidad pública española, porque si esa adopción se hubiera constituido en España no sería necesaria la intervención de la entidad pública y no hay motivos para entender otra cosa, interpretado lógicamente el artículo 9.5 del Código Civil, si la adopción se ha constituido en el extranjero. <i>R. de 12 de junio de 2002</i>	253

	<u>Página</u>
1.2. Aun tratándose de un hijo de madre casada, se inscribe como filiación no matrimonial paterna y materna reconocidas, porque en las diligencias comprobatorias de la calificación se ha llegado a la conclusión de que el nacimiento acaeció pasados trescientos días desde la separación de hecho de los cónyuges. <i>R. de 18 de junio de 2002</i>	256
1.3. Un reconocimiento de la paternidad no matrimonial por comparecencia ante el Encargado dentro del plazo para inscribir el nacimiento es inscribible sin otros requisitos, pero la madre, como así lo ha hecho, puede obtener la suspensión de la inscripción de la paternidad. <i>R. de 10 de julio de 2002</i> .	258
1.4. La adopción constituida en Ecuador es inscribible porque sus efectos se corresponden con la adopción española, habiéndose expedido además certificado de idoneidad por la entidad española para los adoptantes españoles domiciliados en España. <i>R. de 9 de septiembre de 2002</i>	260
2. Nombre y apellidos	263
2.1. Es obligado para un menor de edad, adoptado sólo por una mujer, consignar de oficio un nombre propio de padre a los solos efectos identificadores. <i>R. de 9 de septiembre de 2002</i> .	263
3. Matrimonio	265
3.1. Denegación de la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero entre cubana y español al deducirse del trámite de audiencia a los contrayentes que el matrimonio es nulo por simulación. <i>R. de 11 de octubre de 2002</i>	265
4. Regímenes económico matrimoniales	267
4.1. No cabe anotar preventivamente el embargo acordado en un expediente administrativo de apremio sobre una finca cuya propiedad aparece inscrita a nombre del cónyuge del que figura como titular, por adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal en su día existente entre ellos, habida cuenta que del propio mandamiento resulta que la deuda apremiada corresponde a un período de tiempo en el transcurso del cual, precisamente, se produjo la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, y por otro lado porque no existe norma alguna que establezca la presunción de que las deudas contraídas durante la vigencia de aquélla sean a cargo de los bienes gananciales. <i>R. de 18 de julio de 2002</i> ...	267

	<u>Página</u>
4.2. Procedencia de la inscripción de una escritura de compraventa por la que unos cónyuges de nacionalidad extranjera adquieren un inmueble aun cuando no se manifieste ni se acredite cuál es el régimen económico matrimonial, bastando que en la inscripción se exprese únicamente que se realiza “con sujeción a su régimen matrimonial”. <i>R. de 23 de noviembre de 2002</i>	270
4.3. Denegación de la inscripción de atribución del uso de la vivienda familiar por no hallarse el inmueble a nombre del esposo, sino de un tercero que no ha sido parte en el procedimiento. <i>R. de 28 de noviembre de 2002</i>	273

TRIBUNA ABIERTA

— El principio de prueba en los juicios sobre filiación	279
— Padres ociosos	294

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias	301
--	-----

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

— Publicaciones y Noticias	309
----------------------------------	-----

AVANCES JURISPRUDENCIALES

— Avances jurisprudenciales	341
-----------------------------------	-----

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL EMBARGO DE BIENES GANANCIALES: PROBLEMÁTICA PROCESAL (EXAMEN DEL ART. 541 DE LA LEC)

LORENZO CRESPI FERRER

Juez Sustituto de los Juzgados de Palma de Mallorca

SUMARIO

- I. PROBLEMÁTICA.**
 - II. CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LA DEUDA CONTRAÍDA POR UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES.**
 - III. ¿DEMANDA CONJUNTA *VERSUS* NOTIFICACIÓN AL OTRO CÓNYUGE?**
 - IV. LA “NOTIFICACIÓN”: SUS REQUISITOS Y EFECTOS.**
 - V. DEUDAS CONTRAÍDAS POR UN SOLO CÓNYUGE, PERO DE CARGO DE LA SOCIEDAD GANANCIAL.**
 - VI. DEUDAS PROPIAS DE CÓNYUGE CON PATRIMONIO PRIVATIVO INSUFICIENTE.**
-

I. PROBLEMÁTICA

Dice el art. 541 de la nueva LEC, bajo la rúbrica de “Ejecución en bienes gananciales”:

- “1. No se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales.
- 2. Cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero

el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente.

3. Si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor. En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.

4. En los casos previstos en los apartados anteriores, el cónyuge al que se haya notificado el embargo podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales”.

Dicho art. ha de ser complementado, a los efectos de inmuebles (o muebles asimilados), con el art. 144 del Reglamento Hipotecario, el cual, tras la reforma de 1982 y después de la de 1998 (modificación, por cierto, salvada de la anulación de muchos preceptos y verificada por el TS en Sentencias de 24 de febrero, 22 de mayo y 12 de diciembre de 2000, y 31 de enero de 2001), dispone lo siguiente:

“1. Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los apartados 1 ó 4 del art. 93 o en el apartado 1 del art. 94, deberá constar que la demandada ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado el otro del embargo.

2. Cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del art. 95, el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor.

3. Llegado el caso de enajenación de los bienes embargados, se cumplirá lo pertinente de los arts. 93 y ss. de este Reglamento.

4. Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos.

Cuando constare en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al titular, antes del otorgamiento de aquella si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos.

5. Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene tal carácter o que el embargo haya sido notificado al cónyuge del titular embargado”.

Conviene señalar, respecto al ámbito de aplicación de tales preceptos, la vigencia, en principio, en todo el territorio nacional de la legislación hipotecaria y de la procesal, con arreglo a lo dispuesto en la Constitución (art. 149.1, reglas sexta y octava), los respectivos Estatutos, y el art. 13 del CC. Así, por ejemplo, ya la AP de Bilbao en S. de 25 de enero de 1988 aplicaba el art. 144 del RH a un supuesto en que el régimen económico del matrimonio era la comunicación foral; por tanto, aunque la Ley Procesal y el RH parecen referirse a la sociedad ganancial, su régimen será aplicable a los restantes regímenes económicos forales que impliquen comunidad, sin perjuicio obviamente de las especialidades derivadas de su específico régimen jurídico sustantivo, o incluso procesal derivado de éste último (vid. el último inciso de la citada regla 6.ª del art. 149.1 de la Constitución).

Para exponer la problemática derivada de la aplicación del art. 144 del RH, y, especialmente, de la nueva regulación legal en la materia del art. 541 de la nueva LEC, podemos proceder planteándonos las siguientes cuestiones a las que intentaremos dar respuesta:

1.ª ¿Cuándo procede el embargo de bienes gananciales? Esta cuestión supone resolver previamente otra: ¿Cuáles son las deudas de que responde el activo ganancial?

La Dirección General de los Registros y del Notariado, desde la Resolución de 28 de marzo de 1983, viene a distinguir tres grandes grupos de obligaciones a estos efectos:

A) “Obligaciones contraídas por ambos cónyuges”.

Conforme al art. 1367 del CC, los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

B) “Obligación puramente personal contraída por uno solo de los cónyuges de la que responde únicamente el esposo deudor, con la posibilidad que al otro cónyuge le ofrece el art. 1373 del CC”.

Este precepto dispone, en su primer párrafo, que “Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueren suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge, y este podrá pedir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla”.

C) “Obligación contraída por uno solo de los cónyuges en ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la Ley”.

A estas deudas que, aunque contraídas por uno solo de los cónyuges, vinculan directamente el patrimonio ganancial, se refiere el art. 1369 del CC: “De las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de esta”. Son de este tipo las especificadas en los arts. 1365, 1366, 1368 y 1386 del CC.

2.^a ¿Qué relevancia tiene tal clasificación a los efectos del embargo? En caso de deuda contraída por ambos consortes o por uno con el consentimiento del otro, resulta evidente, por aplicación de los preceptos referidos y de los principios generales del Derecho procesal y sustantivo de obligaciones, que ambos cónyuges están legitimados pasivamente, y que, en suma, del cumplimiento responden los gananciales. En todo caso, habrá que recordar que son partes en el proceso de ejecución la/s “persona/s” que piden y obtienen el despacho de la ejecución y aquellas frente a las que ésta se despacha, y que no siendo “persona” la sociedad de gananciales, no es de extrañar lo que dispone el apartado 1.º del art. 541 de la LEC: el despacho lo es frente o contra las personas físicas de los cónyuges.

Es el caso de deuda contraída por uno sólo de los consortes el que plantea más cuestiones:

A) En primer lugar, habrá que determinar, dado su diverso régimen jurídico, si nos hallamos ante una obligación del grupo “B” o del grupo “C”.

Si al procedimiento de ejecución ha precedido juicio declarativo en que tal cuestión se ha debatido y decidido, resulta obvio decir que habrá que estar a lo resuelto en la correspondiente sentencia. Mas no es esto lo que ocurre con más frecuencia, pues normalmente nos encontramos ante títulos ejecutivos o “asimilados” que no nos “clasifican” la deuda: piénsese en una letra de cambio firmada por uno solo de los cónyuges.

B) Al aparecer el documento del que resulta la deuda firmada por uno solo de los cónyuges, pero pretender el acreedor hacerla efectiva sobre los bienes gananciales, se plantea el problema de la legitimación pasiva individual o conjunta, o sea, de si hay o no hay litisconsorcio, es decir: ¿A quién ha de demandar el acreedor? ¿Solamente al cónyuge que aparece como deudor (el cumplimiento de las obligaciones sólo es exigible del deudor, cualquiera que sean las masas patrimoniales afectadas) o a ambos cónyuges (al recaer el embargo sobre gananciales, el otro cónyuge estaría también pasivamente legitimado, al soportar la ejecución)?

C) Al no manifestar el título el carácter de la deuda: ¿cómo puede defenderse el cónyuge no deudor ante una ejecución que considere improcedente o excesiva sobre los bienes gananciales?

Estas son pues, las cuestiones que intentaremos solventar a la luz de la legislación vigente.

II. CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LA DEUDA CONTRAÍDA POR UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES

Reiteremos el planteamiento de la cuestión: Si la deuda aparece contraída por uno solo de los cónyuges, surge la “duda” de si es de aquellas de las que debe responder directamente el activo ganancial, o, por el contrario, es deuda propia del cónyuge que la contrae, con aplicación en tal caso del art. 1373 del CC. Si del título en cuya virtud se procede resulta el carácter de la deuda habrá que estar a lo que de él resulte; mas, como ya apuntamos, no es este el caso más frecuente: letra firmada por uno solo de los consortes, por ejemplo. La cuestión podría tener una posible solución en que el Ordenamiento estableciera para tales casos una presunción a favor o en contra de la “ganancialidad pasiva”.

En la doctrina se ha mantenido por algunos que existe una presunción de ganancialidad de las deudas, correlativa a la de ganancialidad activa del art. 1361 del CC, lo que ha sido combatido por carecer tal presunción de base legal, y así lo ha entendido la DGRN: No se presume que las deudas de un cónyuge sean, además, deudas de la sociedad conyugal; a efectos del Registro, la deuda

es privativa mientras del mandamiento no resulte lo contrario, por lo que ha de regir el principio establecido en el art. 1373 del CC. Ya dijo la Resolución de 24 de septiembre de 1987:

“No se presume que las deudas de un cónyuge sean, además, deudas de la sociedad de gananciales. Esta conclusión es la más conforme con el principio de que las deudas de una persona no afectan a otra de acuerdo con el principio general de libertad y con las reglas de la responsabilidad (cfr. artículos 1911 y 1827 del Código Civil). Es, también, la más conforme con la regla imperante hoy para la sociedad de gananciales, conforme a la cual la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a ambos cónyuges (cfr. artículo 1375 del Código Civil). Y es la conclusión exigida por el criterio legal sobre presunciones: no hay presunción legal si la Ley no la establece (cfr. artículos 1250 y 1251 del Código Civil).

Por tanto, a efectos del Registro ha de estimarse que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste debidamente en el mandamiento que el embargo ha recaído en actuaciones que tienen como objeto la reclamación de una deuda que es, además, deuda de la sociedad”.

En la misma línea parece moverse la jurisprudencia de los Tribunales; entre los pronunciamientos recientes cabe citar la SAP Asturias de 14 de marzo de 2000, que nos dice:

“Además, y esto es lo determinante, tras la reforma llevada a cabo en la regulación del régimen económico matrimonial, por la Ley de 13 de mayo de 1981, no puede estimarse que exista en sede de gananciales una presunción legal de ganancialidad pasiva, sino que, en virtud del principio de cogestión de y codisposición recogidos en los arts. 1367 y 1375, respectivamente, del Código Civil, deben reputarse en principio las deudas como de responsabilidad individual del cónyuge que las contrajo personalmente. Solo se excluye esta regla general cuando exista consentimiento del otro o derive la reclamada de los supuestos recogidos en los arts. 1362 a 1366 del Código Civil”.

Esta conclusión tiene su importancia práctica para determinar si será aplicable al caso el apartado 2 o el 3 del art. 541, pues sus iniciales frases parecen dar por supuesta la cuestión de la “clasificación” de la deuda.

III. ¿DEMANDA CONJUNTA *VERSUS* NOTIFICACIÓN AL OTRO CÓNYUGE?

El punto de partida de la cuestión planteada debe hallarse en la reforma del CC operada por la Ley de 24 de abril de 1958, que mantuvo al marido como

administrador de la sociedad de gananciales, pero exigió el consentimiento de la mujer para enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles. Se reformó en 1959 el art. 144 del RH en el sentido de exigir demanda conjunta a los dos cónyuges para poder anotar el embargo, tanto por entender que en su caso el Juez debía suplir el consentimiento de ambos cónyuges al otorgarse la correspondiente escritura a favor del rematante, como para evitar ejecuciones amañadas por el marido para burlar el ahora necesario consentimiento de la esposa.

Este sistema fue criticado por la doctrina, entendiendo la DGRN, especialmente a partir de 1966 (R. de 9 de diciembre), que bastaba la notificación a la mujer, para que ésta, enterada, ejercitara las acciones oportunas.

Tras la reforma de 1981 se establece el principio de gestión conjunta (art. 1375 del CC), y el art. 144 del RH sigue exigiendo demanda conjunta. Se han señalado por la doctrina, y aun en la jurisprudencia, dos líneas de pensamiento:

A) El principio de igualdad entre los cónyuges se traduce procesalmente en el litisconsorcio pasivo necesario, y,

B) Lo que ha hecho el legislador de 1981 es establecer que el matrimonio no limita la capacidad de los cónyuges ni su autonomía en el tráfico, por lo que resulta ilógico que el acreedor tuviere que demandar a quien no aparece como deudor.

Esta última es la línea que siguieran la jurisprudencia registral y el TS, en S. de 26 de septiembre de 1986, que reproduce la Resolución de 28 de marzo de 1983, por lo que permanece en suma el sistema establecido tras la reforma de 1958.

Decía la referida STS que “la locución del artículo ciento cuarenta y cuatro del Reglamento Hipotecario, exigiendo la interposición de la demanda contra ambos cónyuges para hacer posible el embargo por deudas a cargo de la sociedad, fue matizada por la Dirección General de los Registros en el sentido de que para la salvaguardia de los derechos de la mujer sobre los inmuebles comunes era suficiente que le fuese notificada la pendencia del proceso contra su consorte y el embargo (Resoluciones de once, veinte y veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro y veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta y nueve), actividad desplegada en el caso presente (...) Aun para los conflictos surgidos con posterioridad a la Ley de trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno sería de tener en cuenta, como apunta la Resolución del propio Centro de veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres, que la exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges no guarda armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualesquiera que sean las masas matrimoniales

que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de sus bienes, en este caso los gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno sólo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso cuando, aunque se vea afectado, no está obligado ni directamente ni como fiador”.

Por lo tanto, hay que distinguir:

- a) Deuda contraída por ambos cónyuges: Demandar a ambos, en principio.
- b) Deuda contraída por uno solo, sea “deuda ganancial” o “deuda privativa”: Demandar al que aparece como deudor y notificar el embargo al otro.

Bien mirado, la misma doctrina es la que parece hoy esencialmente recogida en el art. 144 del RH, ap. 1.º tras la reforma de 1998, pues en el preámbulo del Real Decreto de 4 de septiembre puede leerse que “se da nueva redacción, con la plena conformidad del Consejo General del Poder Judicial, al precepto relativo al embargo de los bienes gananciales sobre la base de que siempre que tengan tal carácter, ya sean las deudas a cargo de la sociedad de gananciales, ya sean privativas ante la insuficiencia de bienes privativos, bastará dirigir la demanda al cónyuge deudor, sea o no quien adquirió los bienes, y notificar al otro para que pueda ejercitar los derechos que le corresponda, en la medida que la exigencia de demanda al cónyuge no deudor resulta inviable en la práctica procesal (art. 144, apartado 1)”.

En efecto, en el informe del Consejo General de 10 de marzo de 1998 sobre el Proyecto de lo que sería el referido Real Decreto, consideraba “acertada y muy positiva” la reforma en este extremo.

Y este parece ser también el criterio del art. 541 de la nueva LEC:

- a) El apartado 1.º parece referirse, principalmente, a deudas comunes.
- b) El apartado segundo así como el tercero se refieren a los supuestos del “b” precedente; el párrafo segundo es conforme a la doctrina reseñada, en cuanto la demanda podrá dirigirse contra el cónyuge deudor, sin prohibir la demanda conjunta; y si la regla general es, como hemos visto, que no se presume la ganancialidad pasiva, el apartado 3 resultará el que tendrá más ocasión de aplicación.

IV. LA “NOTIFICACIÓN”: SUS REQUISITOS Y EFECTOS

Si hay que notificar, resulta evidente preguntarse por los requisitos de la notificación: a quién, y qué hay que notificar.

Y, sobre todo, para qué notificar.

A) En cuanto a lo primero, dada la posibilidad de nuevo matrimonio, sin haber liquidado y reflejado registralmente la liquidación de los gananciales de las anteriores nupcias, en el Registro, la notificación ha de hacerse al cónyuge que aparezca como cotitular registral del bien respecto del cual se decreta el embargo y se ordena la anotación.

B) Respecto al contenido de la notificación, ésta no se refiere mera y genéricamente al procedimiento, sino al concreto embargo del bien ganancial, sin perjuicio de las particularidades que se verán sobre documentos a acompañar a la notificación en cada caso.

C) Y respecto a los fines de la notificación, resulta obvio decir que tiene ésta por finalidad que el cónyuge ejerza la defensa que en derecho proceda:

Debemos volver al planteamiento de la cuestión: Si el título que sirve de base a la ejecución ha calificado la deuda, habrá que estar a lo en él contenido; si el título referido calla al respecto, en principio la deuda debe reputarse privativa, con la consiguiente aplicación del art. 1373 del CC. Ahora bien, puede ocurrir que se hayan embargado directamente bienes gananciales, como si se partiera de que estos responden inmediatamente, y en tal caso ha de permitirse al consorte notificado que, ante el embargo trabado, discuta el carácter de la deuda, lo que normalmente ocurrirá invocando dicho consorte el referido precepto del CC.

¿Podía discutirse ello en el juicio ejecutivo de la anterior LEC? En este, sobre estar tasados los motivos de oposición, resulta que la mera notificación no convertía al cónyuge notificado en parte, con lo que ni siquiera podía oponer las referidas excepciones. El problema era de procedimiento, debido a la falta de armonización de las normas procesales con las sustantivas civiles tras las reformas del CC.

En la doctrina se habían mantenido diversas opiniones al respecto, que son, sin ánimo exhaustivo: Para unos, el cónyuge notificado no tenía otra opción que interponer un declarativo, pidiendo la paralización del apremio; para otros, un incidente de previo y especial pronunciamiento, y para otros, en fin, la vía adecuada era la tercería de dominio, pues si bien esta debía basarse en el dominio de los bienes trabados, la “ratio” de la tercería es levantar un embargo de unos bienes que no debían haber sido trabados.

En el TS hay sentencias que deniegan la vía de la tercería por la primera razón (la tercería se basa en el dominio, y vigente la sociedad los cónyuges sólo tienen un “derecho expectante” sobre los gananciales), y señalando la vía del referido incidente, y así, en la STS de 12 de enero de 1999 se decía que “el segundo de los motivos de casación alega que la sentencia recurrida resuelve por vía incidental puntos que de considerarse que no están resueltos en el pleito principal no pueden declararse y resolverse en ejecución de sentencia, sino en tercería de dominio. La argumentación de la parte recurrente se apoya en que la declaración de los supuestos del artículo 1373 del Código Civil y la opción que esta norma contempla, deben ejercerse en proceso de tercería de dominio. Si bien es cierto que este proceso se ha admitido y utilizado en ocasiones, no lo es menos que es más que discutible, ya que, en principio, no se admite la tercería ni la condición de tercero en un cónyuge respecto al embargo de bienes gananciales. El procedimiento que se estima más adecuado es el incidente en proceso de ejecución, que es el seguido en el presente caso. En él no se resuelve nada que esté fuera de la sentencia dictada en el proceso principal, sino que se ejercita la opción que permite el artículo 1373 del Código Civil”.

Hay otras muchas que la admiten por la segunda, es decir, por entender que es tercero con relación al crédito que se ejecuta el otro cónyuge si la deuda es privativa del que la contrajo, y que la finalidad de la tercería es levantar el embargo indebidamente trabado: por esta vía discurre, por ejemplo, la STS de 16-XI-1990.

En dicha sentencia se decía que “...en la acción de tercería no se trata de declarar ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados por no estar en el caso de responder de la deuda en ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio, lo que presupone la exigencia ineludible de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero (SS. 29 de octubre de 1984, 15 de febrero de 1985, 21 de noviembre de 1987, 11 de abril de 1988 y 20 de marzo de 1989), situación que ha de admitirse concurre en la esposa a espaldas de la cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, determinante del proceso ejecutivo en el que se embargaron bienes de esta naturaleza, sin que en salvaguardia de sus derechos sobre el inmueble común trabado, le fuese notificada ni siquiera la pendencia del proceso contra su consorte, como la doctrina viene exigiendo para la viabilidad del embargo de gananciales”.

En todo caso, hay también pronunciamientos que recuerdan que aunque la deuda se acredite es privativa, de todos modos; conforme al art. 1373 cabe embargo de gananciales si faltan bienes privativos, por lo que para levantar el embargo era necesario que el tercerista señalara bienes del cónyuge deudor o la cuota ganancial de este, si el tercerista ejercía el derecho de disolución que el

art. 1373 establece. En este sentido es muy significativo el voto particular (Álvarez Caperochipi) contenido en la STSJ de Navarra (la Ley 85 del Fuero Nuevo es al régimen navarro de conquistas lo que el art. 1373 del CC a los gananciales):

“Finalmente, entiendo que aunque la deuda se considerase contraída de nombre propio y que sólo obligaba a los bienes privativos del marido, no cabe levantar el embargo, pues, a tenor de la Ley 85 ‘in fine’, el cónyuge no deudor debió exigir dentro de los nueve días siguientes a la notificación del embargo, que los bienes comunes sean sustituidos por la parte que al cónyuge deudor corresponde de la sociedad de conquistas. Es decir que en todo caso la disolución y liquidación formal de la sociedad de conquistas (inventario, avalúo, formación de lotes y atribución de los mismos con intervención de los acreedores) debe ser anterior al levantamiento del embargo, y además haberse solicitado en el plazo inexorable (caducidad) de 9 días desde la notificación del embargo. Lo que me parece un presupuesto lógico de seguridad jurídica, porque de lo contrario ¿sobre qué bienes podrá dirigirse el acreedor?; ¿cómo podrá garantizar la justa liquidación de las conquistas?; ¿en qué término se deberá realizar la misma? En el caso presente, levantado el embargo, la consecuencia es que de las deudas contraídas por el marido en un acto regular de explotación de negocio familiar, cuando podía legalmente obligar la sociedad de conquistas, sólo responden sus bienes privativos —que no constan—, puesto que no se me ocurre qué medios ordinarios tiene el Banco para exigir y controlar la liquidación de la sociedad de conquistas, y cómo podrá de modo razonablemente sencillo proceder a hacer efectivo un nuevo embargo sobre lo que corresponde al esposo después de la liquidación de la sociedad conyugal (...) La Ley 85 impone al cónyuge no deudor la obligación de excusión y señalamiento, determinando que la sociedad de conquistas se comporte como una masa afecta primariamente en responsabilidad a los acreedores; puesto que la sociedad de conquistas es de hecho y significa de derecho una situación de comunicación de bienes y ganancias que actúa como velo patrimonial para los acreedores, y que es lógico que responda ‘prima facie’ (salvo deudas de interés particular, y previa liquidación y señalamiento), para evitar maniobras defraudatorias que están favorecidas por la intimidad del matrimonio”.

Estando así las cosas, aparece la nueva LEC, que regula la tercería de dominio fundándola en el dominio mismo de los bienes embargados (art. 595.1), y aunque pareciera que el otro cónyuge puede utilizar esta vía en una lectura rápida del ap. 2 del último precepto citado en relación con el art. 1373 del CC, a nuestro entender queda vedada esta vía, tanto porque dicho apartado se refiere a derechos que no son susceptibles de dominio *strictu sensu* como porque, aun de entenderse de otra manera, hay que estar a la razón histórica

antes expuesta, es decir: la razón de la admisión de la tercería de dominio en supuestos como el que contemplamos se hizo por vía de ampliación de su ámbito ante la falta en las leyes procesales de una vía específica para que el cónyuge no deudor hiciera valer sus derechos, pero ello resulta innecesario ahora, porque el art. 541 NLEC ha establecido esos cauces procesales, que son a los que tendrá que acudir. En la generalidad de sentencias que niegan la vía de la tercería se dice por el TS que lo que contempla el art. 1373 del CC es “remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio” (así, la STS 29 de abril de 1994, entre otras) y ahora tal “remedio” tiene regulado un específico cauce procesal en el art. 541 de continua referencia.

Conclusión esta que, a pesar de creer la más segura, habrá que mantener como provisional, a falta de jurisprudencia de la NLEC, y por lo variado de los supuestos que pueden darse en la práctica, que el legislador no puede en su totalidad prever.

Pues bien, la LEC, distingue dos supuestos, que a continuación trataremos.

V. DEUDAS CONTRAÍDAS POR UN SOLO CÓNYUGE, PERO DE CARGO DE LA SOCIEDAD GANANCIAL

Respecto de las deudas contraídas por uno solo de los consortes pero de las que deba responder la sociedad ganancial, los trámites que regula el ap. 2.º son esencialmente los siguientes:

1.º La demanda podrá dirigirse contra uno solo de los cónyuges, pero el embargo de gananciales deberá notificarse al otro, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución a fin de que en el plazo ordinario pueda oponerse a la ejecución.

2.º Tal oposición puede fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado, y, además, especialmente, en que los gananciales no deben responder de las deudas por las que se verificó el despacho ejecutivo, correspondiendo al acreedor la prueba de tal extremo; si no lo prueba, realmente estamos en el supuesto del art. 1373.

Ante todo, hay que volver a lo tantas veces señalado: Si en declarativo previo no se ha discutido el carácter de la deuda o, en general, el título ejecutivo no nos manifiesta el referido carácter de la deuda, y la presunción es contraria a la ganancialidad pasiva, pocas veces será de aplicación este apartado, si, como parece es de esperar, en la demanda o solicitud ejecutiva el actor se limita a señalar la deuda, sin clasificarla, y sólo señalando para que se embargue en dicha misma demanda bienes gananciales, lo cual último, es decir, que se seña-

len bienes a embargar en dicha misma demanda, puede ocurrir o no, pues bien puede ser que el acreedor no conozca bienes, y los bienes a trabar se descubran cuando el cónyuge ejecutado acaso desvele su existencia, o muy “a posteriori”, se sepa de tal existencia a consecuencia de las investigaciones verificadas al efecto, ya judicialmente, ya extrajudicialmente por el acreedor.

Con lo cual, ya tenemos planteados dos problemas, al menos:

- A) Uno de carácter general: El de saber el régimen económico del cónyuge ejecutado.

Si la demanda ejecutiva no señala que el ejecutado está casado, y concretamente en régimen ganancial o foral asimilable, bien puede ser —lo más probable, en una región como la nuestra, en que rige la separación de bienes como régimen económico— que se produzca el embargo prescindiendo el Juzgado de la aplicación del art. 541, y por ello, tenga el embargo lugar sin que se practiquen las notificaciones que del mismo se derivan, de modo que la necesidad de las mismas se “descubra” de ordinario a consecuencia de la calificación desfavorable del Registrador ante el mandamiento ordenando la anotación preventiva, u ocurra que el consorte no deudor se persone en el procedimiento, manifestando tales circunstancias cuando “extraoficialmente” descubre estar los bienes trabados; también puede darse, si se nos permite la expresión, el conocimiento “semi-oficial”: ocurrir que la Comisión Judicial que requiere y embarga se entienda en el domicilio del deudor, que es el domicilio conyugal, con su consorte, sin que se haga constar nada en la diligencia sobre el carácter de los bienes embargados, se declaren estos simplemente trabados, sin notificar oficialmente el embargo.

Desde luego, el art. 541 es de carácter imperativo, en el sentido de que no debe obviarse las notificaciones que en el mismo se establecen, so pena de indefensión, y en tal sentido, una vez advierta el Juzgado que el régimen es el de gananciales, y sepa que el bien embargado es ganancial, ya por información registral u otra vía oficial u oficiosa, debe ordenar que se practiquen las notificaciones requeridas, siendo que en caso de duda sobre la naturaleza del bien, debe notificar, por la presunción de ganancialidad activa del art. 1361 del CC. En todo caso, resulta evidente que el cónyuge que conoce, oficial u oficiosamente, el embargo podrá personarse a los efectos de ejercitar los derechos que el precepto procesal le otorga.

El problema es que ya sea “demasiado tarde”: que el bien ya se haya ejecutado y adjudicado. Ello plantea la cuestión de la nulidad de actuaciones (art. 240 de la LOPJ) o del declarativo posterior, admitido por la jurisprudencia en la anterior LEC.

B) Otro: El de la “simultaneidad”.

Si el auto despachando ejecución ya ha trabado gananciales, la notificación procedente a ambos cónyuges deberá verificarse simultáneamente, por lo que parece también que nada impide el “mejor de los casos” (para el acreedor, se entiende): Que ambos cónyuges puedan formular en el plazo ordinario, los diez días del art. 556, sus respectivas oposiciones (o una única, bajo una sola defensa y representación), siendo de señalar que la específica del cónyuge notificado del embargo debe calificarse de “oposición de fondo”, no por defecto procesal, al referirse a la “naturaleza” de la deuda ejecutada, por lo que primero habrá que resolver la eventual oposición por motivos procesales antes de entrar en aquella causa de oposición, de acuerdo con las reglas generales.

La cuestión que se nos plantea es ese embargo no inicial de gananciales: Supongamos que despachada ejecución contra el cónyuge deudor, verificada incluso oposición por el demandado y ya resuelta también la misma, se encuentra un ganancial, que se traba, y conforme a los artículos de continua referencia se notifica dicho embargo al cónyuge no demandado.

En tal caso, entendemos que con relación a este cónyuge, la oposición fundada en no responsabilidad directa de los bienes gananciales ha de caber si se formula en el “plazo ordinario”, pero contados en este caso los diez días desde la notificación que se le practicó. La causa típica de su oposición es, precisamente, la consistente en que los gananciales no responden de la deuda; respecto a las demás causas de oposición, la cuestión la vemos más problemática, mas pensamos que: a) Siendo las normas procesales imperativas en todo caso, parece que en principio podrá oponer los defectos procesales, lo haya o no opuesto su consorte: no tiene sentido que el cónyuge notificado haya de sopor-tar sobre un bien ganancial un despacho radicalmente nulo, por ejemplo (559.1.3.º); b) Respecto a los motivos de fondo, creemos habría que analizar cada uno en concreto, y así, por vía de ejemplo, no vemos obstáculo para que el cónyuge notificado que pagó la deuda de su consorte, y aun así el acreedor procedió ejecutivamente, pueda oponer pago; cosa distinta es que pueda oponer compensación, por el carácter recíproco de las obligaciones a compensar; de las que pudo alegar el cónyuge pero no alegó —ya sea porque no verificó oposición, o porque aun así no opuso el correspondiente motivo, prescripción, por ejemplo—, entendemos que puede alegarlas el notificado, pues el art. 541 le otorga la posibilidad de verificar idéntica oposición que al ejecutado, y en todo caso, no habrá “cosa juzgada” respecto de él (no fue parte en el anterior incidente: falta la identidad de personas); de las que alegó el consorte deudor y fueron desestimadas, parece que solo pueden prosperar si se fundan en hechos nuevos (así, transacción documentada públicamente que sea posterior a la resolución judicial).

Ello plantea el problema de la eficacia de la resolución judicial sobre la continuidad del procedimiento, contra quién y contra qué bienes: si la causa de oposición es la “típica” —no responsabilidad directa de los gananciales—, como veremos más detenidamente después, la cuestión se reconduce al supuesto del apartado 3; pero si es de las “comunes”, el cónyuge ejecutado no verificó oposición en su momento, y por tanto, no alegó, por ejemplo, la nulidad del despacho de ejecución, y ahora lo alega con éxito el consorte no deudor, cabe preguntarse si ello supondrá que se sobresea el procedimiento respecto de ambos cónyuges, o continúe respecto del cónyuge ejecutado que no lo opuso en forma. Entendemos que lo que procedería en tal caso es dejar sin efecto la total ejecución despachada, pues de otro modo no tendrá sentido que la ejecución pudiera basarse en las mismas causas que corresponden al ejecutado.

Entendemos asimismo, y en la misma línea, que no obstante cada embargo haya de notificarse al otro cónyuge, ello no quiere, obviamente, decir que cada embargo de un bien ganancial pueda provocar un nuevo incidente de oposición, pues con ocasión del embargo de un ganancial a lo que puede oponerse, según la dicción del art. 541 mismo, el otro consorte es a la ejecución en sí, no a ese concreto embargo, por lo que en un segundo o posterior embargo ganancial entendemos que no cabe oposición, ya se haya formalizado una al primer embargo o se haya mantenido el cónyuge interesado pasivo ante dicha primera traba.

En todo caso, la específica causa de oposición que al consorte notificado corresponde es la de que los bienes gananciales no deben responder, se entiende, directamente, lo que nos remite al Derecho sustantivo para determinar el carácter de la deuda, con la especialidad procesal de que es el ejecutante quien corre con la carga de la prueba de la responsabilidad directa de los bienes gananciales, lo que sería conforme con la ya reiterada presunción de no-ganancialidad pasiva, que nos conduce al consabido art. 1373 del CC, que es lo mismo que decir al “círculo vicioso” de que los gananciales responden siempre, pues si la deuda es de responsabilidad directa ganancial responden directamente los gananciales, y si es privativa también responden, pero sólo a falta o insuficiencia de bienes privativos, resultando pues a efectos prácticos determinante que el cónyuge que contrajo la deuda tenga o no bienes privativos suficientes, pues por mucho que acredite el cónyuge notificado la no responsabilidad ganancial directa, si no acredita, además, que el consorte deudor tiene privativos suficientes, se ve abocado a lo que disponen el art. 1373 y concordantes. De ahí el último inciso del art. 541.2.º, y por ello entendemos que el Auto que resuelva la oposición, si declara ser el caso de deuda privativa, como no se le haya acreditado al Juez que hay bienes privativos directamente embargables y suficientes, lo que debe hacer es mantener el embargo, hasta tanto el cónyuge notificado no haya optado en los términos que veremos, y consumando los términos de su opción en los mismos términos a ver.

VI. DEUDAS PROPIAS DE CÓNYUGE CON PATRIMONIO PRIVATIVO INSUFICIENTE

Si se trata de deudas propias de un cónyuge y se persiguen gananciales a falta o insuficiencia de bienes privativos, el apartado 3.º quiere traducir, procesalmente, como dijimos, lo dispuesto en el art. 1373 del CC. Dicho precepto establece el derecho de opción del cónyuge notificado de embargo en una “doble” —realmente “triple”, como veremos— alternativa:

a) O consentir el “embargo ganancial”, en cuyo caso, con arreglo al párrafo 2.º del art. 1373, se reputa que el consorte deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de los bienes ejecutados, al tiempo que los abone con otros caudales propios o al de la liquidación ganancial, de modo pues que si el consorte deudor ejecutado no reintegra el valor durante la vigencia del consorcio al acervo común, se entiende que habrá, por utilizar un término sucesorio, que “colacionar” este valor al momento en que se liquide la sociedad de gananciales.

b) O bien pedir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo conllevará la disolución de aquella, como dice el precepto codicilar. La LEC dice que si se opta por esta disolución, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre la división del patrimonio y en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley, suspendiéndose entretanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.

Una primera cuestión es la del supuesto de hecho contemplado, respecto del que hay que precisar diversos aspectos:

1. Como vimos, se presume la privaticidad de la deuda, presunción que, en todo caso, será *iuris tantum*, o sea, substantivamente, no hay duda que el acreedor puede probar que realmente la deuda es de responsabilidad directamente ganancial, y en el apdo. 3 tal alegación no aparece encauzada procesalmente, pues no se prevé incidente, para el caso de que el acreedor mantenga aquello, frente al ejercicio directo por el cónyuge notificado de los derechos divisorios derivados de los artículos de continua referencia, ya que la audiencia a los cónyuges parece ser a efectos de la concreta división.

Entendemos que en tal caso, o sea, si el cónyuge notificado opta por la disolución, y el acreedor sostiene el referido carácter ganancial directo de la deuda, lo correcto sería mantener que cabe planteamiento de una “cuestión incidental de previo pronunciamiento”, encajable en el art. 391.3.º de la LEC,

pues no se entiende que lo que puede discutir el cónyuge no deudor en el supuesto del apartado 2.º no lo pueda afirmar el acreedor en el del tercero, dejándole indefenso dentro de la ejecución, obligándole a estar y pasar por unos previsiblemente largos trámites de liquidación, siendo que en todo caso la carga de la prueba, sobre el título sobre la calificación de la deuda, corresponde al propio acreedor.

Resuelta la cuestión incidental por el oportuno Auto, seguirá el procedimiento su normal curso o se decretará la disolución como procedente.

2. Una tercera opción que se deriva de la redacción de los preceptos legales es que el cónyuge notificado no discuta el carácter privativo en sí de la deuda, pero sí la improcedencia del embargo ganancial alegando que el cónyuge deudor sí se halla en posesión de bienes suficientes privativos.

Para hacer efectivo esta especie de “derecho de excusión”, creemos que ha de hacerse “seriamente”, esto es, señalando bienes que sean suficientes para hacer efectivo el crédito, y, procesalmente, por la vía del art. 562, utilizando uno u otro de los medios que él mismo establece según como se haya producido el embargo.

Lo que es de suponer es que el acreedor se oponga a la liberación del ganancial señalando la posible insuficiencia del bien/es privativo/s para cubrir el crédito, en cuyo caso, entendemos que por la vía del art. 612, puede y debe el Juez, si aprecia la insuficiencia referida, mantener el embargo, pues si los bienes privativos son insuficientes, cabe “mejorar” el embargo, lo que supondría trabar gananciales; aunque parece lo normal que se guarde un orden en la realización de los bienes: antes los bienes privativos que los gananciales, salvo que la insuficiencia sea manifiesta.

3. Por otra parte, el embargo ha de notificarse “inmediatamente” según el CC; entendemos que el plazo para optar ha de ser fijado en la resolución judicial ordenando tal notificación, para no dejar al ejecutante al arbitrio “suspensivo” (último inciso del precepto procesal comentado) del cónyuge no deudor. Como vimos, el Fuero Nuevo señala plazo para verificar la opción, previsión legal que echamos en falta en el CC y en la LEC.

No se dice en este caso que se dé traslado de la demanda y el Auto despachando, aunque, en todo caso, parecería lo más correcto.

4. Si el cónyuge opta por la disolución, y lo notifica al Juzgado, por éste, como mínimo, se han realizar las siguientes actuaciones:

a) Ponerlo en conocimiento del acreedor, a los efectos como vimos que se oponga a ello o lo consienta.

b) Notificarlo al cónyuge deudor, el ejecutado, para su conocimiento y efectos, entre los que no están el que pueda oponerse a la pretensión “disolutiva”.

ria” en sí, pues su consorte ejercita un derecho a cuyo unilateral ejercicio está facultado.

c) Oír a los cónyuges sobre la división del patrimonio, pero también al acreedor.

Esta “audiencia” entendemos que puede evacuarse por escrito, aunque nada obste que sea mediante una vista, en una ley en que el principio es el de inmediación. En todo caso, resulta evidente que los cónyuges pueden ya de común acuerdo haber liquidado el patrimonio, de forma que la “opción” del consorte no sea más que manifestación de un acuerdo disolutorio y liquidatorio entre ambos, y obviamente es de esperar que tal acuerdo no se haga en beneficio del acreedor ejecutante, por lo que el Juez no puede “resolver lo procedente sobre la división” sin oír “al menos” a dicho acreedor, arts. 403 y 1402 en relación con el 1083 del CC, pues bien puede suceder que al no deudor se le asignen los bienes congruos, y nada realizable al otro.

De mediar acuerdo entre las partes sobre liquidación, el Juez tendrá por disuelta la sociedad, y por liquidada la misma, y supondrá ello que el embargo sobre los bienes gananciales deberá “trasladarse” a los bienes adjudicados al cónyuge deudor que sean bastantes para cubrir la deuda, por lo que se refuerza la afirmación anterior del deber de oír “al menos” al acreedor ejecutante.

d) Si no media acuerdo conyugal, el Juez deberá acordar que la disolución se lleve a efecto “con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”, lo que supone remisión a lo dispuesto en los arts. 806 a 810 de la propia LEC, sobre liquidación del régimen económico matrimonial, cuya problemática habrá que examinar a los efectos que aquí nos ocupan, en relación a los siguientes extremos:

1.^º Relativamente a la competencia objetiva, corresponde al mismo Juez que conoce de la ejecución de que se trate, tanto por la dicción del art. 541 como por la del 807.

2.^º En la misma resolución por la que se tenga por disuelto el régimen y se entienda, en lógica consecuencia, procedente la liquidación, será conveniente que se señale plazo para que los cónyuges, separada o conjuntamente, presenten las propuestas de inventario a que se refiere el art. 808.2.^º, y ello especialmente en relación al cónyuge no deudor, en evitación de que la disolución no tenga finalidad sino dilatoria; también podría entenderse por aplicación rigurosa del art. 801.1 que al tiempo de optar por la disolución el cónyuge no deudor ha de aportar tal propuesta, pero no creemos que en tal caso sea así, pues la “incidencia disolutoria” se abre tras el fracaso de liquidación pactada antes vista.

3.^º Dicha propuesta ha de ser notificada al acreedor, citándole para la comparecencia ante el Secretario que a efectos de formación de inventario prevé el art. 809.

Creemos que es así, haciendo una consideración de carácter general para lo dicho *supra* y todo lo que a continuación se dirá en relación a las facultades procesales del acreedor, no sólo porque, obviamente, las resoluciones judiciales han de ser notificadas a todas las partes en el procedimiento de que se trate y estas tienen en principio derecho a intervenir en todos los trámites del procedimiento, sino porque, en especial, la liquidación del régimen ha de hacerse conforme a las normas procesales “y a las normas civiles que resulten aplicables” (art. 806), lo que supone remisión al art. 1402 y 1410 del CC, y a su vez a los arts. 1082 y 1083 del mismo, preceptos sustancialmente recogidos en el art. 782 de la nueva LEC, lo que supone que el acreedor podrá intervenir en las operaciones para evitar que se verifiquen en fraude o perjuicio de su derecho, como en toda comunidad en base a lo dispuesto en el art. 403.

Esta “intervención”, en todo caso, no supone que el acreedor haya de consentir las resultas de las operaciones divisorias para que estas resulten válidas y firmes, como se ha venido entendiendo (evidentemente, el acreedor no es “parte”, substantivamente hablando, en la sociedad conyugal), pero entendemos que no sólo puede intervenir en todos los trámites procesales de las mismas, sino también interponer los mismos recursos, usar de los mismos medios procesales y abrir los mismos “incidentes” que correspondan a las partes en la liquidación para evitar cualquier fraude o perjuicio, ya que utilizando los dichos medios legales no puede considerarse que “suspenda o entorpezca” (782.3) las operaciones divisorias, pues, aparte de que las referidas liquidatorias si suspenden la ejecución instada por él, de entender lo contrario, la “intervención” que le otorga el art. 785.5 de la LEC y 1083 del CC —“a su costa”, por cierto— no implicaría más que convertirlo en una especie de “convidado de piedra” a quien, encima de tener que soportar la referida “suspensión” y evidente “entorpecimiento” que para él supone tener que esperar para cobrar, si al final cobra, los trámites de liquidación y después del apremio, además, para cualquier irregularidad que afectara al “fondo” de la liquidación —por ejemplo, no inclusión en el inventario de ciertos bienes; “confesar” el cónyuge deudor, al elaborarse el inventario, “curiosamente” que el bien embargado por el acreedor es privativo de su consorte (1361 del CC); adjudicarse “curiosamente” todos los bienes embargados, los más valiosos “casualmente” al cónyuge no deudor, no siendo tales gananciales de aquellos a que tiene preferencia con arreglo al 1406 del CC—, no pudiera, siguiendo los ejemplos señalados, pedir la inclusión en el inventario del bien ocultado por los consortes u oponerse a las concretas operaciones particionales acordadas por los cónyuges o los contadores, en los términos que veremos dentro del procedimiento liquidatorio, y en su consecuencia, no teniendo cauce en el mismo procedimiento, tuviera que acudir inexcusablemente al declarativo correspondiente para denunciar y solventar cualquiera de estas irregularidades, realmente quedaría en entredicho, por no decir que negada, la tutela judicial efectiva que le garantiza el art. 24 de la Constitución,

máxime teniendo en cuenta que sólo al acreedor ganancial propiamente dicho se le permite oponerse a la consumación de la liquidación de la sociedad si no le paga o afianza, que no al acreedor “particular” (art. 782.4 y 788.3), y siendo que los acuerdos entre cónyuges, ya se verifiquen extraprocesal o procesalmente, no deben perjudicar a terceros (art. 1317 del CC, y, en relación al ejemplo de “confesión” referido, art. 1361 y 1324, en especial), que el fraude de acreedores se presume en toda traslación patrimonial posterior al embargo de bienes (art. 1297 del CC), y que de las reglas de “intervención” de terceros, hoy sí reguladas con carácter general por la LEC, resulta otorgarse al “interviniente” la misma posición, medios y recursos procesales que a las partes (arts. 13 y 14).

Pero, en todo caso, si entienden los acreedores, una vez agotados los mismos medios y recursos procesales que a los en principio directamente interesados en la liquidación ganancial, que son los cónyuges, se otorgan, que ese fraude o perjuicio se ha consumado a la vista de las resultas liquidatorias, creemos que no habrá más remedio que acudir al declarativo ordinario que corresponda (art. 787.5 en relación con el 782.3), pues al mismo declarativo han de acudir cada uno de los cónyuges mismos si se entienden perjudicados en el reparto (787.5.2.º).

Concretamente, el art. 783.5 refiere, a los efectos de la Junta para designar los peritos y contador que han de actuar en la división hereditaria, citar a los acreedores cuando estuvieren personados en el procedimiento, lo que ocurre por definición en el acreedor ejecutante; los demás acreedores privativos, no personados, pueden, según dicho precepto, participar en la Junta si concurren exhibiendo sus respectivos títulos.

¿Podrá otro acreedor, que reúna los requisitos de los arts. 1082 del CC y 782.4 de la LEC, personarse oponiéndose a que lleve a efecto la partición si no se le paga o afianza el importe de su crédito? Entendemos que sí, pero realmente sin perjuicio directo *prima facie* para el acreedor ejecutante, pues:

a) Según entiende la doctrina, oponerse a llevar a efecto la partición no es oponerse a que esta en sí se haga, sino que se ejecute (ejecutar es “llevar a efecto”), esto es, que se entregue lo adjudicado a cada partícipe (interpretación que hoy resulta recogida en el art. 788.3), y en relación al embargo hay que tener en cuenta las medidas en relación a él acordadas (depósitos, administraciones, anotaciones preventivas, etc.), que pueden hacer muy bien innecesaria tal oposición (aunque no la “prórroga” de las mismas).

b) Y si lo que pretende el acreedor tercero es cobrar con preferencia, que vaya a la tercería de mejor de derecho si de aquella preferencia realmente goza, para hacerla valer (613.1 y 2).

4.º En la referida comparecencia ante el Secretario regulada en el art. 809, 1, tercero, hay reglas que pueden ocasionar fraude: si uno de los consortes

no comparece sin mediar justa causa, hay que “dar por buena” la propuesta de inventario que presente el otro, incomparecencia que muy bien puede ser debida al acuerdo de los cónyuges para que se apruebe el inventario más “pírrico”; o puede serlo ya el acuerdo que en esta comparecencia lleguen; entendemos que la “intervención” autorizada al acreedor le legitima para solicitar la vía del juicio verbal sobre inclusión de bienes en el inventario que se otorga en el apartado 2.º;

En todo caso, las resoluciones sobre administración y disposición del caudal habrán de tener en cuenta las medidas acordadas respecto de los bienes embargados.

Raro, pero teóricamente posible, es que a consecuencia del inventario se desvelen nuevos bienes que embargar.

5.º Fijado definitivamente el inventario, el mismo acreedor, por la “intervención” a que tiene derecho, puede pedir la liquidación si los cónyuges dilataran tal solicitud, a la que puede acompañar la propuesta de liquidación, o bien pedir al Juez que señale un plazo para que los cónyuges la presenten, lo que nos parece más correcto.

En el art. 810.4 se reitera la regla de incomparecencia de uno de los consortes, por lo que a lo antes señalado nos remitimos en cuanto sea aplicable al caso; si a lo que llegan las partes es a un acuerdo, entendemos que el Secretario ha de dar cuenta al Juez para dictar la resolución procedente, la homologación del art. 19, para lo cual ha de tener en cuenta y resolver las alegaciones de eventual perjuicio que pueda formular el acreedor, de modo que si la resolución judicial es favorable a la aprobación, entendemos que el acreedor podrá recurrirla.

Si no hay acuerdo sobre la liquidación, o, según entendemos, éste no fuera aprobado por lo que acabamos de decir, hay remisión entera a lo dispuesto en los arts. 784 y ss. de la Ley sobre división hereditaria, lo que supone, para dar una visión de conjunto, y “brevemente”, los siguientes esenciales trámites:

1.º Puede no haber habido acuerdo de los cónyuges sobre la liquidación, pero sí sobre el contador y peritos que deban verificarla. Si no lo hay, se procede a designar contador y peritos por sorteo, siendo los mismos recusables, recusación que entendemos podrá ejercitar el acreedor; en cuanto a los designados de común acuerdo, entendemos que el acreedor no puede oponerse a su designación, pero creemos también que podría formular tachas (art. 343), en vistas a una posible oposición a las resultas de las operaciones particionales o de declarativos posteriores.

En todo caso, para evitar dilaciones, el acreedor puede pedir que al contador se le señale plazo con la advertencia de responsabilidad por daños y perjui-

cios, *ex art.* 785.3, aunque en todo caso el plazo máximo legal es de dos meses (*art.* 786.2), si bien, a su vez, el plazo que el Juez conceda puede ser mayor si se justifica ello por razón de la dificultad que en el caso entrañen las operaciones particionales.

2.^º Efectuadas las operaciones divisorias (*art.* 786), se dará traslado a las partes para que en diez días formulen oposición, tras lo cual, o bien se aprueban mediante Auto las operaciones particionales, ordenando protocolizarlas, o bien se convoca a una comparecencia a las partes, en la que puede haber acuerdo (verificando el contador las modificaciones que del mismo resulten), y en caso contrario, se continúa la sustanciación con arreglo a los trámites del juicio verbal, sin que la sentencia tenga fuerza de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda (*art.* 787).

Creemos que los acreedores pueden oponerse a las operaciones particionales, por los trámites señalados, cuando, en suma, crea que en todo o parte se verifiquen en su fraude o perjuicio, y si no están conformes con la sentencia, después de apelarla, en todo caso, habrán de acudir al declarativo correspondiente.

Verificadas las operaciones particionales y aprobadas debidamente, hay que advertir que el inicial embargo sobre un bien ganancial se convirtió, por razón de lo dispuesto en el *art.* 1373, en embargo “sobre la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal”, y tras la liquidación ganancial el embargo de dicha “parte” habrá de convertirse en embargo de los bienes adjudicados en la referida partición al cónyuge deudor, y dado que ha mediado suspensión de la ejecución de los bienes comunes mientras dicha división duró, lo que será enajenado en subasta pública serán los dichos bienes adjudicados, lo cual supone que por el hecho de haber solicitado el consorte notificado la disolución e implicar ello el embargo del “derecho ganancial in abstracto”, no quiere decir que el acreedor pueda pedir que se enajene judicialmente el referido “derecho abstracto” a la mitad de los gananciales.

En este sentido es de destacar la doctrina de la DGRN y del TS, recogida en la AP reciente SAP Zaragoza de 14 de febrero de 2001, única sentencia que al momento de la redacción de este trabajo hemos hallado que haga referencia expresa al *art.* 541 de la nueva LEC:

“La conclusión que se alcanzaría con esos razonamientos es que en el procedimiento de apremio, sólo puede embargarse la global cuota ganancial del deudor. Con la inexcusable consecuencia de que el apremio debe parar sus trámites una vez rechazada la afección y, en su caso, adoptadas las medidas de garantía del embargo, que sólo podrán continuarse una vez realizada la liquidación, que es lo que ordena el *art.* 541 de la Ley 1/2000, de 27 de enero, de

Enjuiciamiento Civil, en sus apartados segundo (para las deudas sólo aparente o provisionalmente privativas) y tercero (para las deudas verdaderas o definitivamente privativas), disponiendo este último apartado que, en tanto no se practique la liquidación, que se suspenderá ‘entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes’. Aunque no lo hubiera dispuesto la norma no sería viable otra consecuencia legal. Resulta pues inexcusable vinculación entre la ejecución y la liquidación”.

Resultando, pues, embargados, al fin, los bienes adjudicados al cónyuge deudor, y sin perjuicio de las acciones a ventilar por el declarativo que corresponda si, con arreglo a lo dicho, no está conforme con las operaciones particionales, seguirá el apremio por sus normales cauces, con las especialidades que corresponda según la naturaleza de los bienes, siendo de destacar que desde la reforma de la anterior LEC de 1881 operada por la Ley de 30 de abril de 1992, no se otorga escritura a favor del rematante y a otorgar por el Juez si no la otorgare el deudor, sino que le sirve de título un Auto, por lo que, en tal sentido, sobra hoy el apdo. 3 del art. 144 del RH, tanto por la referida supresión de la necesidad de escritura como porque, si esta exigencia subsistiera, practicada la liquidación, lo que se enajena en apremio son ya bienes particulares del cónyuge adjudicatario.

VIOLENCIA DOMÉSTICA: ALGUNAS RESPUESTAS DESDE EL DERECHO CIVIL (II) (*)

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO

*Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de A Coruña
Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de A Coruña*

SUMARIO

- I. PRELIMINAR.**
- II. LAS RESPUESTAS DEL LEGISLADOR ESPAÑOL.**
- III. MEDIDAS PROVISIONALES QUE PUEDEN SER ADOPTADAS ANTES DEL INICIO DE UN PROCESO MATRIMONIAL.**
 - 1. Previo: Las conductas agresivas y vejatorias constituyen causa de separación y, en determinadas circunstancias, de nulidad, pero no de divorcio.**
 - A. *La causa de separación contemplada en el art. 82.1 CC y las agresiones, físicas o psicológicas, al cónyuge.*
 - B. *La ausencia de consideración de los malos tratos como causa de divorcio.*
 - C. *La violencia conyugal como expresión de la alteración sobrevenida del carácter del agresor constituye causa de nulidad matrimonial.*
 - 2. Régimen jurídico de las medidas provisionales previas.**
 - A. *Naturaleza y finalidad de las medidas provisionales previas.*
 - B. *Legitimación activa.*

(*) Los epígrafes I y II, y los apartados 1, 2.A, 2.B, 2.C, 2.D y 2.E del epígrafe III fueron publicados en el número anterior de la Revista de Derecho de Familia.

- C. *Requisitos de la solicitud de medidas previas y postulación procesal.*
- D. *Competencia judicial.*
- E. *Aspectos procedimentales de la adopción de las medidas provisionales previas.*
 - a) En el caso de concurrencia de razones que justifiquen la urgencia en su adopción: El ejemplo paradigmático de los malos tratos.
 - b) En el caso de que no concurren razones que aconsejen la urgente adopción de medidas previas.
 - c) Cuestiones comunes a ambos supuestos.
- F. *Tipología de las medidas provisionales previas que puede adoptar el Juez civil.*
 - a) Anticipación de los efectos que el artículo 102 del CC previene para el caso de admisión de la demanda matrimonial.
 - b) Medidas adoptadas al amparo de las previsiones del artículo 103 del CC.
 - c) Otras medidas que pueden ser adoptadas por el Juez civil a título cautelar. En especial la infructuosamente reiterada posibilidad de adoptar la medida de alejamiento.
 - d) Propuestas de reforma de la legislación vigente y posibles importaciones del Derecho comparado. En particular, el “alejamiento coactivo” y el aseguramiento del pago de las contribuciones al sostenimiento de la familia. Los modelos austriaco, alemán e italiano.
- G. *Plazo de vigencia de las medidas provisionales previas.*
- H. *Ejecución del auto de adopción de medidas provisionales previas.*

IV. LAS UNIONES DE HECHO.

- 1. Cuestiones generales acerca del procedimiento a seguir para dilucidar las cuestiones litigiosas que se susciten como consecuencia de la ruptura.**
- 2. Adopción de medidas provisionales en el caso de existencia de menores (o incapaces).**
- 3. Medidas cautelares en el caso de que no existan menores (ni incapaces).**

V. ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

VI. LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y LA INTERVENCIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES. LA EXPERIENCIA FRANCESA DE LA “MEDIACIÓN PENAL FAMILIAR”.

VII. EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO DEL AGRESOR AQUEJADO DE UN TRASTORNO PSÍQUICO. EL TRATAMIENTO MÉDICO OBLIGATORIO DEL MALTRATADOR.

VIII. ALGUNAS RESPUESTAS PARCIALES A LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE LA EXISTENCIA DE MECANISMOS LEGALES HÁBILES Y EFICACES DE RESPUESTA A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y LAS DUDAS SOBRE SU EFICIENCIA.

F. Tipología de las medidas provisionales previas que puede adoptar el Juez civil

En primer lugar procede recordar que, de acuerdo con la previsión contenida en el art. 104 del CC y reiterada en el art. 771.1 de la LEC, el mero propósito de un cónyuge de entablar una acción de separación, divorcio o nulidad permite solicitar la adopción judicial de las medidas que anticipen a este momento los efectos que se producen *ope legis* como consecuencia de la admisión de una demanda matrimonial enunciados en los arts. 102 y 103 del CC y ello aunque el cónyuge que va a ser demandado se oponga a su adopción.

En el ámbito de las medidas del art. 103 del CC, el Juez civil puede acordar lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y el uso de la vivienda y del ajuar familiares (entendiendo por éste el conjunto de aquellas cosas que no son utilizadas por una persona concreta, sino por los miembros de la familia en general, la decisión en relación con la vivienda conlleva la decisión acerca de las cosas integrantes del ajuar familiar, pudiendo el que sale de la vivienda llevarse las de uso exclusivamente personal y sin perjuicio de la exclusión de las alhajas y bienes muebles de extraordinario valor a los que se refiere el párrafo 2.º del art. 1321 del CC)⁽³⁹⁾, sin que en las previsiones legales se mencione la fijación de un régimen de visitas, lo que parece encontrar su fundamento, precisamente, en la protección en caso de situaciones de malos tratos o la propia sustracción de menores para trasladarlos a otros países, evitando con ello el “*Legal Kidnapping*”. Se pone de manifiesto así el eminente carácter tuitivo de estas medidas previas que tratan de asegurar las condiciones indispensables para que el cónyuge que se propone interponer la demanda matrimonial pueda actuar con libertad.

Los efectos a que se refiere el art. 102 del CC, que se producen por ministerio de la ley desde la admisión de la demanda de separación, de divorcio o de nulidad, son la posibilidad de que los cónyuges vivan separados, el cese de la

(39) *Vid.*, entre otros, MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 96 del CC)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 47 y ss.

presunción de convivencia conyugal, la revocación de los consentimientos y poderes que un cónyuge hubiera otorgado al otro y, salvo pacto, la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. El art. 771 de la LEC viene a contemplar la posibilidad de adelantar estos efectos a un momento anterior a la formalización de la demanda, pudiendo adoptarse de manera inmediata e *inaudita parte* ⁽⁴⁰⁾, aunque con el carácter provisional que se deriva de la contemplada desaparición de las mismas en el caso de que no se interponga la correspondiente demanda matrimonial en el mentado plazo de 30 días, lo que se presenta también como especialmente adecuado en los casos de violencia doméstica cuando la convivencia se haya hecho insostenible y existan amenazas o coacciones por uno de los cónyuges.

- a) Anticipación de los efectos que el artículo 102 del CC previene para el caso de admisión de la demanda matrimonial.

En efecto, el Juez civil puede acordar, **siempre que la urgencia del caso lo aconsejare**, los efectos a que se refiere el art. 102 del CC que, como es sabido, se producen automáticamente como consecuencia de la admisión de la demanda de separación, nulidad o divorcio, pudiendo adelantarse como medidas previas en aquel caso. Estos efectos son los siguientes: 1.^º) Posibilidad de los cónyuges de vivir separados, cesando la obligación de convivencia que impone el art. 68 del CC, lo que supone una mayor libertad para el cónyuge que pretende interponer la demanda de separación, divorcio o nulidad. 2.^º) Cese de la presunción de convivencia conyugal establecida en el art. 69 del CC. La RDGRN de 3 de abril de 1990 [RJ 1990\3573] consideró que el cese de la presunción de convivencia impide la entrada en juego de la presunción de paternidad matrimonial del art. 116 del CC. 3.^º) Revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiese otorgado al otro. Este efecto hay que ponerlo en relación con las normas contenidas en los arts. 1375 (gestión y disposición de los bienes gananciales que corresponde conjuntamente a ambos cónyuges), 1377 (requerimiento del consentimiento de ambos cónyuges para disposiciones onerosas de bienes gananciales) y 1378 (nulidad de actos de disposición gratuitos si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges), todos del CC. En todo caso subsiste la presunción de buena fe de los terceros. Esta presunción puede ser destruida mediante anotación en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil. 4.^º) El cese de la posibilidad de

(40) Vid. CALDERÓN CUADRADO, M.^a P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)*, op. cit., p. 294; así como la Circular del Ministerio Fiscal núm. 1/2001, de 5 de abril, acerca de la “Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles”, § 4.C) [RCL 2002\1173].

vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, lo que es necesario poner en relación con el art. 1319 del CC.

En todo caso, ha de recordarse que la oponibilidad a tercero de los efectos de las medidas acordadas *ex art.* 102 del CC se deriva de su anotación en los Registros de la Propiedad o Mercantil, lo que se practicará a instancia de parte interesada.

- b) Medidas adoptadas al amparo de las previsiones del artículo 103 del CC.

En el auto que resuelva la solicitud de adopción de medidas provisionales previas se fijarán las medidas que prevé el art. 103 del CC siempre que hayan sido solicitadas y cuyo contenido es, en lo substancial, el mismo sobre el que luego han de versar las medidas definitivas, con las dos siguientes excepciones: **1)** No hay que pronunciarse sobre la pensión compensatoria, pues se trata de un pronunciamiento que debe adoptarse en la sentencia definitiva (STS de 2 de diciembre de 1987 [*RJ* 9174] y jurisprudencia menor, SAP Tarragona 10 de octubre de 1994 [*AC* 1994\2063]). Si el cónyuge solicitante necesitase cubrir sus necesidades básicas y perentorias —finalidad a la que no está dirigida la pensión compensatoria—, puede solicitarse una pensión de alimentos que resulta comprendida en el concepto genérico de contribución a las cargas familiares; y, **2)** Como el régimen económico matrimonial subsiste, habrá que dictar medidas que propendan a la conservación y aseguramiento del patrimonio conyugal, garantizando su adecuado rendimiento (art. 103, 4.^a y 5.^a del CC).

Las medidas que pueden ser adoptadas como medidas previas provisionales *ex art.* 103 del CC son, entonces, las siguientes:

1.^a) Medidas en relación con los hijos. La guarda y custodia se atribuirá conforme a lo dispuesto en el art. 92 del CC, respetando siempre el principio de *favor filii* y procurando no separar a los hermanos (art. 92.4.^o CC). En sede de medidas previas no puede privarse a ninguno de los progenitores de la patria potestad, pues ello requiere sentencia firme (art. 170 del CC) —pudiendo ser adoptada por la Sentencia penal en la que se aprecie la existencia de malos tratos, aun cuando el CP no la contemple expresamente entre las consecuencias de estos delitos [STS de 20 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993\9578)]—⁽⁴¹⁾, pero sí podrá limitarse o excluirse el ejercicio de la misma (art. 156.4.^o y 5.^o del CC).

En relación con el **derecho de visita** ha de estarse a lo dispuesto en el art. 94 del CC, que autoriza al Juez a limitar o a suspender este derecho cuando

(41) Entre otros, *vid.* CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *La privación de la patria potestad (Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2000, especialmente las pp. 118 y ss.

concurran circunstancias graves que así lo aconsejen. Incluso puede privarse del derecho de visita al progenitor visitador, si bien se trata, ésta, de una medida de carácter excepcional que sólo procederá cuando el interés de los hijos así lo requiera, pudiendo constituir la justa causa de esta medida determinados casos de violencia familiar o de incumplimiento serio y reiterado de los deberes del progenitor impuestos en la resolución judicial, siempre y cuando puedan repercutir estas situaciones en detrimento del interés del menor⁽⁴²⁾ y no ser, por lo tanto, consideradas de modo autónomo o aislado de este principio rector de todas las medidas que se adopten y afecten a menores de edad. Si bien esto es así, el principio *favor filii* no debe ser incompatible con los intereses de los otros miembros familiares, tal como en su momento ya puso de manifiesto BERCOVITZ⁽⁴³⁾, y, en particular, con los de aquél víctima de las agresiones. Retornando al ámbito estrictamente normativo, el párrafo 1.º del art. 160 del CC prevé la posibilidad de que en una resolución judicial se prive a un progenitor del derecho a *relacionarse con sus hijos menores*. Normalmente, a tenor de la doctrina jurisprudencial preponderante, el carácter violento del *progenitor* implica el establecimiento de un régimen de visitas restrictivo (SAP Ciudad Real, Sección 1.ª, de 3 de febrero de 1998 [AC 1998\3408]) que normalmente consiste en excluir la pernocta (SAP Badajoz de 18 de febrero de 1998) o en un régimen de visitas en presencia de la madre o de persona designada, prohibiendo expresamente la salida del visitador al extranjero en compañía del menor (SAP Barcelona, Sección 18.ª, de 2 de mayo de 2001 [AC 2001\1039]).

2.ª) Medidas sobre la vivienda familiar y el ajuar doméstico. El art. 103.2.ª del CC se aleja de los criterios de atribución de la vivienda del art. 96 del CC para las medidas definitivas, dejando al Juez un mayor margen de maniobra, pues deberá resolver teniendo en cuenta “*el interés más necesitado de protección*”. Sin perjuicio de esta afirmación, en la práctica judicial puede constatarse que lo habitual es que se entregue el disfrute de la vivienda al

(42) Entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentario a los artículos 92 a 94 del CC”, en *Comentarios al CC* (Rams Albesa, coord.), tomo II, vol. 1.º, J. M.ª Bosch, Barcelona, 2000, p. 993; ROCA I TRIAS, E., “Comentario a los artículos 90 a 91 del CC”, en *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 395; MARÍN LÓPEZ, M.J., “Comentario al art. 94 del CC”, en *Comentarios al CC* (R. Bercovitz, coord.), *op. cit.*, p. 203; CALDERÓN CUADRADO, M.ª P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)*, *op. cit.*, p. 162; VERDERA IZQUIERDO, B., “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”, *La Ley*, núm. 5669, 4 de diciembre de 2002, especialmente el § II.2.A. En contra, LUNA SERRANO, A., *Derecho de familia*, en *Elementos de Derecho civil* (LACRUZ y otros), tomo IV, Bosch, Barcelona, 1997 (4.ª ed.), p. 171.

(43) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 161 del CC”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1.076.

cónyuge al que se asigna la guarda de los hijos, tal como prevé el art. 96.1 del CC, pero aquella habilita a que, en determinados casos, el interés más necesitado de protección pueda reputarse que es el del otro cónyuge y que, por lo tanto, a él haya de atribuírsele el uso de la vivienda familiar⁽⁴⁴⁾. En los casos de violencia doméstica, en principio, parece que aquel interés merecedor de protección es el del cónyuge que la padece, de manera que será a él a quien haya de atribuírsele el uso de la vivienda familiar en las medidas previas, sin perjuicio de la adopción de otras medidas complementarias que le permitan la pacífica posesión de la misma. Es más, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial tuitiva de los derechos del cónyuge más necesitado, la atribución a éste y a los hijos que tiene bajo su guarda del uso de la vivienda conyugal determina en algunos casos que, cuando se proceda a la liquidación del régimen económico matrimonial, la propiedad de esta vivienda, junto a los muebles en ella existentes, sea adjudicada al cónyuge a quien se le haya atribuido su uso, compensando al otro cónyuge con otros bienes de la sociedad conyugal (SSTS de 30 de enero de 1990 [RJ 1990\31] y de 14 de junio de 1993 [RJ 1993\4832] y SAP Barcelona de 15 de septiembre de 1998 [RJ 1998\9028])⁽⁴⁵⁾.

3.ª) Contribución a las cargas del matrimonio. El Juez debe fijar en qué cuantía debe contribuir cada cónyuge al *levantamiento de las cargas del matrimonio*. No se utiliza el concepto de alimentos porque subsiste el matrimonio; habiéndose de englobar bajo aquel concepto cualquier prestación económica a cargo de uno u otro cónyuge, ya sea su destino satisfacer necesidades alimenticias de los hijos o del otro cónyuge. A falta de acuerdo, el Juez fijará la cuantía teniendo en cuenta el régimen matrimonial de bienes y lo que se haya dispuesto sobre los hijos y sobre la vivienda familiar, las medidas que se fijen sobre los bienes al amparo de los núms. 4.º y 5.º del art. 103 del CC y, en último término, las disponibilidades económicas de cada cónyuge. En contra de lo que se deduce del tenor literal del precepto, en la práctica lo que se hace es imponer una contribución al cónyuge que no mantiene a los hijos en su compañía, que se fija en forma de pensión periódica. De acuerdo con las previsiones del propio art. 103 del CC, el Juez habrá de fijar *las bases para la actualización de las cuantías* que un cónyuge deba

(44) En este sentido, *vid.* MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar* (Art. 1.320 del CC), Civitas, Madrid, 2002, pp. 398 y ss., en las que recoge diversas resoluciones judiciales en este sentido. En contra, argumentando sobre el carácter imperativo del párrafo 1.º del art. 96 del CC que impide cualquier modulación en el caso concreto, MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales* (La aplicación práctica del artículo 96 del CC), *op. cit.*, pp. 56 y ss.

(45) *Vid.* MONTERO AROCA, J., *Disolución y liquidación de la sociedad de ganancias* (La aplicación práctica del art. 95 del CC y de los arts. 806 a 810 de la LEC), Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 272.

abonar al otro por este concepto, así como la adopción de las medidas cautelares que estime oportunas a fin de asegurar la efectividad de su pago.

4.^a) El pago de las *litis expensas*. Las *litis expensas* están contempladas en el art. 1318.3 del CC y se consideran cargas del matrimonio, por lo que el Juez debe fijar en qué cuantía contribuye cada cónyuge a su satisfacción. Como hasta que acabe el procedimiento judicial abierto no se sabrá si hubo o no mala fe en el demandante, ni la cuantía de las *litis expensas*, en fase de medidas previas —y también, por similares razones, de provisionales— lo más razonable es que el Juez se limite a reconocer este derecho, dejando su cuantificación definitiva a la fase de ejecución de sentencia. En la práctica, es el cónyuge que no queda con la guarda de los hijos quien ha de abonar las *litis expensas* al otro cónyuge, cuando proceda y ello aunque el matrimonio no esté sometido al régimen de gananciales (STS de 8 de febrero de 1983 [RJ 1983\866]).

5.^a) Bienes gananciales y privativos. Respecto a los bienes gananciales o comunes, el Juez ha de realizar un inventario de los mismos, e indicará cuáles se entregan a cada cónyuge, señalando cómo debe llevarse a cabo la administración y disposición de los mismos. El Juez dispone de un amplio arbitrio judicial para decir qué bien se entrega a cada cónyuge y para establecer las reglas sobre su administración y disposición. El precepto obliga también a que los cónyuges se rindan cuentas sobre los bienes gananciales que poseen. Esta norma obedece al hecho de que con la presentación de la demanda de separación, de divorcio o de nulidad el régimen económico matrimonial no se extingue, aunque sí se modaliza, por lo que resulta necesario dictar medidas en relación con la administración y disposición de los bienes, con el fin de asegurar su conservación y garantizar su rendimiento. En cuanto a los bienes privativos afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio, también podrá el Juez dictar normas sobre su administración y disposición, en los términos previstos en el art. 103.5.^a del CC.

- c) Otras medidas que pueden ser adoptadas por el Juez civil a título cautelar. En especial la infructuosamente reiterada posibilidad de adoptar la medida de alejamiento.

En su *Informe sobre la violencia doméstica* de 21 de marzo de 2001, el CGPJ ya puso de relieve que, con independencia de la adopción de las medidas que acaban de enunciarse en los párrafos precedentes, la legislación civil substantiva y procesal vigente otorga al Juez del orden jurisdiccional civil amplias facultades para adoptar, en los procesos de separación, nulidad y divorcio, medidas cautelares y protectoras que, si se coordinan adecuadamente con las adoptadas, en su caso, por los Jueces del orden jurisdiccional penal, pueden resultar altamente eficaces en la prevención y en la paliación de la violencia doméstica. Se trata, en particular, de las medidas contempladas en los artículos que se enuncian a continuación:

1.º) **Art. 158.3 del CC**, que impone al Juez la obligación de adoptar las disposiciones que considere oportunas para apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. En relación con los menores, en el “Informe de la Ponencia sobre erradicación de la violencia doméstica”, aprobado por asentimiento por la Comisión Mixta Congreso-Senado de los Derechos de la Mujer a principios del mes de diciembre de 2002⁽⁴⁶⁾, se pide que se establezca la suspensión y la privación del agresor de los derechos de patria potestad, guarda o tutela y que se establezcan medidas tendentes a evitar que los padres acusados de violencia doméstica puedan ser derivados a los puntos de encuentro familiares para visitar a sus hijos.

2.º) **Art. 725.2 de la LEC**, que permite a los jueces que se estimen territorialmente incompetentes ordenar en prevención medidas cautelares urgentes cuando las circunstancias del caso lo aconsejaren.

3.º) **Art. 727.11.ª de la LEC**, que constituye la más relevante de las previsiones normativas que nos ocupan, en tanto que admite expresamente la adopción, como medidas cautelares específicas, de aquellas que, estando o no previstas en las leyes, sean necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio. Por lo tanto, el Juez civil goza de instrumentos flexibles para acordar medidas cautelares en función de las necesidades perentorias de protección del cónyuge solicitante y de los hijos del matrimonio, que encuentran sus únicas limitaciones en el principio de proporcionalidad (gravedad del hecho, peligrosidad del agresor, necesidad de protección de la persona agredida y de los demás miembros del grupo familiar) y en los derechos constitucionales del sujeto respecto del que se adoptan, y entre aquéllas ha de incluirse la medida de alejamiento contemplada expresamente en el art. 544 *bis* de la LECrim. En este mismo sentido se han pronunciado algunos autores provenientes de la magistratura analizando las posibilidades que brinda precisamente el núm. 11 del art. 727 de la LEC, de manera que la medida de alejamiento, en el caso de que en el procedimiento principal se tramite una acción matrimonial de separación, nulidad o divorcio, puede solicitarse y tramitarse procesalmente tanto como medida previa como medida provisional coetánea, a tenor de lo previsto en los arts. 771 y 773 de la LEC, respectivamente. Pese a que la defensa de esta posibilidad ha sido realizada, como queda dicho, desde sectores de la judicatura⁽⁴⁷⁾, en los repertorios de jurisprudencia no se pueden computar resoluciones judiciales

(46) *Noticias Aranzadi*, 9 de diciembre de 2002.

(47) Así, MAGRO SERVET, V., *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley-BBVA, Madrid, 2001, pp. 412 y 413; *ibidem*, “Hacia la optimización de las órdenes de protección a las víctimas de la violencia doméstica”, *op. cit.*, especialmente el § VI.

procedentes de órganos civiles —a diferencia de lo que sucede cuando supuestos similares se juzgan por el cauce procesal penal⁽⁴⁸⁾— que hayan adoptado aquella medida y de aquí el calificativo “infructuosa” que se utiliza en el encabezamiento de estas líneas y la justificación de la necesidad de su previsión expresa, como están haciendo los legisladores comparados de nuestro entorno jurídico cultural [*infra*, § III.2.F.d)], que acaso venga, en su caso, a determinar un punto de inflexión en este desconocimiento de la jurisprudencia civil.

Esta misma idea de afirmación de la posibilidad señalada parece que subyace en determinadas aserciones vertidas en el Congreso de los Diputados a propósito del trámite de toma en consideración de las decaídas *Proposiciones de Ley de reforma del CC en materia de proceso de separación y divorcio, cuando se deriven o tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges*, presentadas en el año 1998 por los Grupos Parlamentarios Popular del Congreso y Federal de Izquierda Unida. En ellas se proponía adicionar dos párrafos al art. 103 del CC en los que se prevenía la posibilidad del Juez que conociese de una demanda de separación o divorcio de acordar la práctica de una prueba pericial psicológica, en virtud de la cual pronosticar el posible comportamiento del cónyuge objeto de examen en orden a acordar fundadamente lo atinente al uso exclusivo de la vivienda familiar, patria potestad compartida, “*u otras medidas que impliquen un acercamiento espontáneo y no vigilado del cónyuge a su entorno familiar*”. En la defensa de la Proposición de Ley realizada por la señora BARRIOS CURBELO, ésta señalaba que la prueba pericial psicológica sería un instrumento idóneo para que el Juez vedase la fijación de un régimen de visitas o el acercamiento al hogar familiar o al lugar de trabajo del otro cónyuge o de los familiares o exconvivientes víctimas de las agresiones⁽⁴⁹⁾. Luego, si se defiende la pertinencia de la realización de la prueba para adoptar razonadamente estas medidas, pero no se prevé su adopción, lo razonable es pensar que en la conciencia del legislador está que el Juez civil, de acuerdo con la legislación vigente, ya puede adoptarlas.

Por otra parte, como señalaba también el CGPJ en el precitado “Acuerdo” sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica, en la actualidad nada obsta a que el Juez civil que conozca del proceso de separación, nulidad o divorcio, pueda **decretar a prevención, y por vía cautelar urgente, la detención y puesta a disposición del Juzgado de Guardia** de la persona que presuntamente hubiere participado en la comisión de un delito si concurre-

(48) Sirvan como significativos ejemplos las SSAAPP de Murcia (Sec. 1.ª) de 6 de junio de 2001 [ARP 2001\517], Huelva (Sec. 1.ª) de 8 de noviembre de 2001 [ARP 2002\65] y Córdoba (Sec. 1.ª) de 26 de noviembre de 2001 [ARP 2001\760].

(49) *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados* (VI Legislatura), núm. 215, 1999 (sesión de 23 de febrero de 1999), p. 11.509.

ren las circunstancias previstas en el art. 492.4 de la LECrim: 1.º) Que existan motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito; y 2.º) Que los tenga también para creer que la persona que se intente detener participó en él.

- d) Propuestas de reforma de la legislación vigente y posibles importaciones del Derecho comparado. En particular, el “alejamiento coactivo” y el aseguramiento del pago de las contribuciones al sostenimiento de la familia. Los modelos austriaco, alemán e italiano.

En la tramitación parlamentaria de la LEC/2000, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda, que fue rechazada, con la que se pretendía la inclusión de un nuevo precepto relativo a la posibilidad de que el Juez, a instancia de parte o de oficio y tanto como medidas previas o con posterioridad a la admisión de la demanda, pudiese adoptar las medidas cautelares que se enuncian en los párrafos que siguen. Esta enmienda tenía precisamente como motivación expresa el hecho de la toma de conciencia del problema de la violencia familiar (agresiones físicas o psicológicas a la pareja, que puede hacerse extensible a otros miembros del núcleo familiar, como descendientes, comunes o no, de la pareja base de la familia). Ante el problema representado por este tipo de violencia, los parlamentarios socialistas consideraban especialmente la conveniencia de contemplar en el Ordenamiento jurídico español la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial de alejamiento como medida de protección de la víctima que pudiese ser adoptada incluso por el Juez civil.

La enmienda, en el caso de haber sido aprobada, supondría la posibilidad de dar cobertura legal a numerosas situaciones que se presentan en la práctica, si bien no se incorporó al texto final de la LEC. Se trataría de una medida que podría adoptar el Juez civil que está conociendo de la crisis familiar ya que es en el marco temporal del desarrollo del proceso de crisis matrimonial donde se producen un gran número de agresiones que, incluso, en ocasiones, derivan en la muerte del cónyuge. Este resultado es de esperar, puesto que si el cónyuge o persona unida por análoga relación, sea o no el padre de los menores, se comporta habitualmente con violencia, es lógico que ante la crisis familiar de ruptura que implica la iniciación de un proceso, y ante la impotencia que puede generar la intervención de un tercero, el Juez, no controlable por la fuerza, que va a modificar la situación existente sin tener únicamente en cuenta la voluntad del violento, el sujeto se crispe y agrede o moleste a su cónyuge.

En sentido favorable al establecimiento de previsiones de la naturaleza de la expuesta en el párrafo precedente, en su reunión del día 29 de agosto de 2002, el pleno del Parlamento Europeo, a propósito de la evaluación del “*Programa Daphne de lucha contra la violencia doméstica (2000-2003)*”, ha pedido, a instancia de la ponente, la eurodiputada española M.ª A. AVILÉS PEREA,

curiosamente perteneciente al PPE/DE, que los Estados miembros reconozcan en sus legislaciones el derecho a desalojar al agresor del domicilio familiar⁽⁵⁰⁾. En este mismo sentido se contienen conclusiones en el ya citado “Informe de la Ponencia sobre erradicación de la violencia doméstica”, aprobado por la Comisión Mixta Congreso-Senado de los Derechos de la Mujer en diciembre de 2002. Se trata, por otra parte, de una medida común en el sistema norteamericano de conformidad con “*The Victim and Witness Protection Act (Public Law 97-291)*” de 1982 —que regula, entre otras medidas, las “*stayaway orders*” y las “*restraining orders*”— y, entre los países europeos, en Inglaterra, que resulta ser el país pionero en la adopción de medidas legislativas de protección de las víctimas de la violencia doméstica (en 1976 se promulgó la “*Domestic Violence and Matrimonial Proceeding Act*”, estando vigente en el momento presente la “*Family Law Act*” de 1996), habiendo sido prevista más recientemente también, precisamente para los casos de violencia doméstica, en algunos Ordenamientos jurídicos europeos, como son los ejemplos paradigmáticos de Austria [§§ 83.a) y 382.b) del ABGB, fruto de su reforma llevada a cabo el 1 de mayo de 1997]; Alemania e Italia. La regulación más completa es la realizada por el legislador alemán a través de la “*Gesetz zur Verbesserung des zivilrechtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung*” de 11 de diciembre de 2001 [BGB I, 3513], cuya entrada en vigor tuvo lugar el día 1 de enero de 2002, en virtud de la cual se han reformado una serie de leyes procesales [artículo 1.º, “*Gewaltshutzgesetz-GewSchG*”] y substantivas con la finalidad de dotar a la víctima de cualquier tipo de violencia o acoso —especialmente en los ámbitos doméstico y laboral— de medidas de protección susceptibles de ser tempestivamente adoptadas por el Juez para evitar lesiones ulteriores, que habrán de ser solicitadas por la víctima en un plazo de tres meses contados desde el momento de acaecimiento de aquellos hechos [§ 2, párrafo 3.º, núm. 2, *GewSchG*] y salvo que los hechos hayan sido cometidos en estado de sobreexcitación y no sea previsible su reiteración [§ 2, párrafo 3.º, núm. 1, *GewSchG*], reformándose también, ahora en virtud de su artículo 2.º, el § 1361b BGB —“*Ehewohnung bei Getrenntleben*”—, a propósito de la protección del uso pacífico de la casa familiar no sólo en caso de separación de la pareja y, especialmente cuando haya existido un comportamiento violento por uno de los miembros, sino frente a cualquiera que perturbe violentamente —el § 131b BGB habla, en su versión actual, de la lesión antijurídica del cuerpo, la salud o la libertad de una persona, tanto si la agresión ya se ha consumado, como si únicamente ha amenazado

(50) Documento: A5-0233/2002 (fecha de votación: 4 de septiembre de 2002). Puede verse en <http://www.europarl.es/actualidad/>. De la aprobación de esta propuesta se hace eco *Lex Nova-La Revista*, julio/septiembre 2002, p. 62.

introduciéndose ilegítimamente en casa de la víctima o la ha perseguido utilizando medios de telecomunicación [§ 1, párrafo 2.º de la *GewSchG*]— a alguno de los habitantes del hogar familiar, permitiendo expresamente la imposición de las medidas de atribución del uso exclusivo de la habitación de uso común, con independencia de si es propietario o mero arrendatario⁽⁵¹⁾, que puede completarse con la prohibición de entrada en la casa de la víctima protegida o de acercarse a ésta en un determinado radio —si bien el alejamiento, con la finalidad de evitar un rigor injusto, se restringe a los supuestos en los que se presente como necesario [§ 2, párrafo 6.º, *GewSchG*]—, so pena, en caso de incumplimiento de esta medida, de incurrir en un comportamiento delictivo sancionado con la restricción de la libertad personal o con una multa pecuniaria [§ 4 *GewSchG*]⁽⁵²⁾; en Italia se han reformado los arts. 342 *bis* y 342 *ter* del *Codice*

(51) Si la persona lesionada es el propietario o el arrendatario único de la vivienda, ostenta una posición más fuerte que en el caso de que se trate de un “colegitimado”. En el primer caso —si es propietario o poseedor único— puede solicitar el alejamiento del perturbador sin que éste pueda defenderse, salvo que se trate del cónyuge de la víctima y tenga, por esta razón, derecho a la posesión conjunta de la vivienda. En este último supuesto prevalecerán las disposiciones del Juez que atribuyan al cónyuge lesionado el uso exclusivo de la vivienda familiar, sin límite temporal alguno. Por el contrario, si entre el agente del daño y la víctima existe una relación de copropiedad o son coarrendatarios del inmueble, entonces la privación del uso del inmueble por el agente del daño sólo puede fijarlo el Juez por un período de tiempo determinado (§ 2, p. 2.º, *GewSchG*), siendo la duración de éste de determinación discrecional por aquel órgano jurisdiccional, posibilitando además la Ley que el Juez establezca a cargo de la persona lesionada una indemnización que habrá de satisfacer al agente del daño por el uso exclusivo de la vivienda, atendidas equitativamente las circunstancias del caso, pues el agente, que es copropietario o coarrendatario, sigue obligado a contribuir al sostenimiento de las cargas que pesen sobre el inmueble o al pago de la renta mensual. Si el agente del daño es el propietario único o el arrendatario único del inmueble, la ley prevé una duración máxima posible de la medida de alejamiento de 6 meses (§ 2, párrafo 2.º, *GewSchG*). Durante este período de tiempo la persona perjudicada por los actos violentos debe buscar otra vivienda. En el caso de que durante estos seis meses no encuentre una vivienda adecuada y en condiciones aceptables, el Tribunal puede prolongar la duración de la orden de alejamiento por otros seis meses más (§ 2, p. 2.º, *GewSchG*). En consecuencia, como muy tarde, transcurrido un año desde que se ha dictado la orden de alejamiento, el propietario o arrendatario único del inmueble puede volver a su casa, haciendo valer sus derechos de propiedad o de arrendatario frente a su víctima.

(52) La Ley alemana es fruto de un largo proceso de elaboración. El texto completo de la propuesta de 13 de diciembre de 2000, precedido de una amplia exposición de los motivos de la reforma, puede verse en <http://www.bmj.bund.de/images/10237.pdf>. Sobre este Proyecto de reforma, *vid.* SCHUMACHER, S., “Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des zivilrechtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung”, en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, núm. 48, 2001, pp. 953 a 958. Sobre la Ley de 21 de diciembre de 2001, *vid.*, entre otros, HENRICH, D., “La tutela contro la violenza nella famiglia: La riforma tedesca”, en *Famiglia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 3/2002 (julio/septiembre), pp. 765 y ss.

civile, a través de la Ley núm. 154, de 4 de abril de 2001, que ha supuesto la previsión legislativa expresa de la posibilidad de que el Juez adopte como medida de protección la prohibición del agresor de acercarse a cierta distancia de la víctima y de su domicilio.

De acuerdo con lo expuesto, las medidas cuyo reconocimiento legislativo expreso en el Ordenamiento jurídico español procede reclamar, sin perjuicio de que, de conformidad con lo también afirmado [*supra*, § III.2.F.c)], el Juez ya pueda adoptarlas en el momento presente, son las siguientes:

1.^ª) **Medidas de alejamiento e interdicción de las comunicaciones.** Esta medida se podría adoptar en aquellos casos en los que quedase probado que el comportamiento de uno de los cónyuges, progenitores o personas que convivan en la familia, haga temer un ataque a la vida, integridad física o salud psíquica de cualquiera de ellos, o con los hijos que convivan en la unidad familiar [en relación con este supuesto, en Alemania, la “*Gesetzes zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten*” (*Kinderrechteverbesserungsgesetz — KindRVerbG*) de 9 de abril de 2002 (BGBl. I S. 1239, de 12 de abril de 2002) ha reformado el § 1666.a) BGB con la finalidad de establecer claramente que en caso de malos tratos infligidos a menores de edad, aun en el caso de que ninguno de los progenitores interponga la pertinente demanda judicial, o denuncia, el órgano jurisdiccional competente puede dictar una orden de alejamiento del domicilio familiar respecto del agente autor de aquellos malos tratos, privándole temporalmente o por tiempo indefinido del derecho de uso de la vivienda familiar], el Juez que conociere del procedimiento podrá adoptar la medida de alejamiento e interdicción de las comunicaciones con las personas que se indique. Esta medida consistirá en la prohibición de acercamiento a la persona o lugar designado, así como en la interdicción de cualquier clase de comunicación con ésta. La medida tendría como límite superior de duración, salvo que el juzgador determine una duración menor, el del proceso principal hasta su finalización. En cuanto a su ámbito subjetivo de tuición, debiera extenderse, en línea con los pronunciamientos contenidos en el “Informe de la Ponencia sobre erradicación de la violencia doméstica”, aprobado por asentimiento por la Comisión Mixta Congreso-Senado de los Derechos de la Mujer en diciembre de 2002, a todos los miembros del grupo familiar (incluyendo, *v.gr.*, a hermanos y a abuelos, como potenciales víctimas cuya agresión permita ordenar el alejamiento del agresor que con ellos conviva).

La medida que acaba de ser descrita se prevé expresamente como medida que puede adoptar el Juez en un proceso civil, entre los países de nuestro entorno jurídico cultural más próximo, en los Ordenamientos jurídicos austriaco, alemán e italiano. En este último Ordenamiento, de acuerdo con las previsiones del art. 342 *ter* del *Codice civile*, como contenido propio y posible de la “orden de protección” se contempla, además de la obligación de cesar en aquella conducta violenta que constituye su presupuesto, el alejamiento de la vivienda

familiar del cónyuge o del conviviente responsable de la conducta que haya sido calificada como gravemente perjudicial para la integridad física o moral o para la libertad del otro cónyuge o conviviente, la interdicción de aproximarse a los lugares habitualmente frecuentados por el solicitante de esta medida y, especialmente, a su lugar de trabajo, al domicilio de su familia de origen o de parientes o personas próximas, así como a los centros de educación a los que acudan los hijos comunes, salvo que concurran exigencias laborales que determinen la necesidad de que frecuente alguno de estos lugares.⁽⁵³⁾

En este sentido, en caso de que el legislador decidiese contemplar expresamente la adopción de medidas de esta naturaleza, acaso fuese conveniente tener en cuenta la existencia de hijos menores o incapaces y, en caso de no existir éstos, los derechos de propiedad o reales que sobre la vivienda familiar pudiesen tener los cónyuges —o, en su caso, los convivientes de hecho—.

Por otra parte, se ha suscitado el problema que plantea en el ámbito civil la ejecución de las condenas de no fungibles de “hacer” y de “no hacer”, en función del contenido de la medida adoptada (abandonar el domicilio familiar, interdicción de acercarse a la víctima o a los lugares que ésta frecuente, etc.). En el Ordenamiento jurídico español, habría de estarse, en su caso, a las previsiones de los arts. 709 y 710 de la LEC, respectivamente, de manera que el quebrantamiento inicial de aquella condena sólo daría lugar a la eventual indemnización de daños y perjuicios y en el primer caso a la fijación de multas mensuales coercitivas y, en el segundo, al apercibimiento de que, si persiste en la conducta de incumplimiento, incurrirá en el delito de desobediencia a la autoridad judicial tipificado en el art. 556 del CP (o, en su caso, en la falta del art. 634 del CP), sin que sea posible reclamar la intervención de la fuerza pública para el caso en el que surjan *dificultades* en la ejecución, como se prevé en el párrafo último del art. 342 *ter* del *Codice civile* italiano y en el Ordenamiento alemán, de conformidad con las previsiones del § 1 *GewSchG*. De acuerdo con este último precepto, si el condenado a abstenerse de realizar un determinado comportamiento contraviene la orden judicial que previene, pongo por caso, la interdicción de entrada en el domicilio de la víctima, ésta puede recurrir a un oficial judicial facultado expresamente para realizar directamente actos coactivos y para pedir, en su caso, la intervención de la policía.

Especialmente en aquellos Ordenamientos continentales en los que tal medida ha sido establecida legislativamente, algunos autores han planteado las fundadas dudas de constitucionalidad que pueden suscitar aquellas previsiones legales. En este orden de cosas, las dudas de constitucionalidad parten de la

(53) Vid. sobre esta norma ALLEGREZZA, S., “La nuova misura cautelare dell’allontanamento dalla casa familiare”, *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, enero-marzo 2003, pp. 107 a 121.

constatación de que las medidas de alejamiento del domicilio familiar, en tanto que inciden en el derecho a la libertad personal del individuo, rebasan los límites de la mera atribución del uso del domicilio familiar a uno de los cónyuges y no sólo del hecho de que puedan ser, en su caso, adoptadas *inaudita parte*, como sucede en el régimen vigente en España con las medidas adoptadas ex párrafo 2.º del art. 771.2 de la LEC —de la misma manera que se habían suscitado a propósito del art. 1881 de la LEC de 1881—⁽⁵⁴⁾. En todo caso, la reforma propuesta exigiría una Ley Orgánica por afectar al desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en los arts. 17 —libertad ambulatoria— y 19 —libertad de residencia— de la CE (art. 81.1 de la CE). Sin embargo, aun respetando este límite formal constitucional, el contenido de una norma que contuviese una previsión tal que posibilitase la adopción de medidas coercitivas y restrictivas de la libertad personal y del derecho a la libre circulación por el territorio nacional podría resultar, de conformidad con el parecer de muchos autores, de dudosa constitucionalidad si no es adoptada en un proceso contradictorio con respeto de todas las garantías constitucionales (se infringiría el art. 24 de la CE, en cuanto provoca indefensión), en tanto que se estarían limitando los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 18 y 19 de la CE [así como en los arts. 8.º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Instrumento de ratificación de 26 de noviembre de 1979) y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977)]⁽⁵⁵⁾. Sin embargo, si se establecen los mecanismos procesales que garanticen la vigencia de los principios constitucionales de contradicción y defensa, aun en un momento inmediatamente posterior a su adopción⁽⁵⁶⁾, necesari-

(54) Entre otros las han suscitado MARTINELL, J.M.³, *Procesos matrimoniales civiles: Disfunciones y reforma*, PPU, Barcelona, 1990, p. 250, nota núm. 35; LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *El procedimiento contencioso de separación y divorcio (Guía práctica y jurisprudencia)* (5.ª ed.), Colex, Madrid, 1998, pp. 84 y 85. Vid. sobre esta cuestión RIBOT IGUALADA, J., “Prevención de malos tratos familiares: ¿Un papel para el Derecho civil?”, *op. cit.*, p. 1495 y, especialmente, la nota núm. 78.

(55) Expresamente, en la doctrina italiana, a propósito de la reforma llevada a cabo por la Ley de 28 de abril de 2001, GRAZIOSO, G., “Le misure contro la violenza nelle relazioni familiari approvate dalla Commissione Giustizia del Senato in sede referente: è in arrivo la ‘separazione cautelare’?”, *Rivista di diritto di famiglia e delle persone*, núm. 28, 1999, p. 443. En la española RIBOT IGUALADA, J., “Prevención de malos tratos familiares: ¿Un papel para el Derecho civil?”, *op. cit.*, p. 1495.

(56) En este sentido podrían resultar de aplicación analógica las consideraciones acerca de la constitucionalidad del procedimiento para el internamiento forzoso realizadas ya por el TC. Vid. MARÍN LÓPEZ, J.J., “Los locos y su libertad: El artículo 211 del CC (sobre la STC 129/1999, de 1 de julio)”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, pp. 214 y ss.

riamente tempestiva si es que se quiere que satisfaga su finalidad prístina, la previsión de que el Juez civil, razonada y justificadamente, adopte una medida como la que acaba de ser descrita no debiera ser objeto de tacha de constitucionalidad alguna y, además, con ello se conseguiría la necesaria coordinación entre las medidas que pueden ser adoptadas, de acuerdo con la regulación vigente en este momento, en las distintas jurisdicciones ante un supuesto de violencia doméstica.

En la Propuesta del GP Socialista a la que se alude al inicio del presente epígrafe se preveía expresamente que el incumplimiento de las medidas adoptadas judicialmente pudiese conllevar el establecimiento de **multas**, sin perjuicio de pasar el tanto de culpa al orden jurisdiccional penal por delito de desobediencia y de que el Juez pueda modificar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales o definitivas acordadas en el procedimiento.

2.^a) *Medidas tendentes al aseguramiento del pago de las contribuciones al sostenimiento de las cargas familiares.* Se podrían solicitar del Juez las medidas necesarias para el aseguramiento del pago de las cantidades que se fijen para la contribución a las cargas familiares o alimentos. En este ámbito podría resultar también ilustrativo el modelo italiano, en el que como uno de los contenidos de la orden de protección dictada por el Juez civil en el caso de abusos familiares, se prevé la posibilidad de establecer una asignación periódica a favor de la persona conviviente que como consecuencia del procedimiento que trae causa de aquel supuesto se vea privado de los medios adecuados (art. 342 *ter*, párrafo 2.º, del *Codice civile*). Esta prevención ha sido interpretada por la doctrina italiana como una previsión de asignación de alimentos, con el contenido propio de éstos⁽⁵⁷⁾. La particularidad, además de la posibilidad de que se adopte con independencia de un proceso matrimonial, a diferencia de lo que ocurre en el Ordenamiento jurídico español, en el que se vincula a las medidas previas o provisionales en este tipo de procedimientos, radica en el hecho de que el Juez, además de fijar la cuantía, la modalidad y la forma de pago de aquella asignación, puede prever el pago de ésta a cargo directamente del tercero empleador del obligado, de manera que se asegura el pago tempestivo de la misma. La deseable importación de esta previsión, no sólo para los supuestos de alejamiento del domicilio familiar en los casos de violencia doméstica, sino en general en los casos de crisis matrimoniales, sería una novedad en nuestro Ordenamiento jurídico, no siéndolo en el italiano en el que se prevé

(57) *Vid.* GRAZIOSO, G., “Le misure contro la violenza nelle relazioni familiari approvate dalla Commissione Giustizia del Senato in sede referente: è in arrivo la ‘separazione cautelare’?”, *op. cit.*, p. 454.

en relación con las asignaciones de naturaleza pecuniaria fijadas como consecuencia de la separación o del divorcio⁽⁵⁸⁾.

3.^a) **Medida de prohibición de salida del territorio nacional de los menores.** La medida se adoptaría ante el temor de que cualquiera de los cónyuges o progenitores pueda proceder a la sustracción del menor y habría de ser comunicada, por el propio Juez, a las autoridades competentes. La variación del domicilio del menor requeriría la autorización judicial. Se trata, por lo tanto, de una medida tendente a evitar el “*Legal Kidnapping*” en supuestos en los que resulta previsible, de acuerdo con las circunstancias del caso, que pueda tener lugar, ya que, de conformidad con la normativa vigente, en caso de ocurrir, obligaría a acudir a los mecanismos prevenidos en el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, y en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores.

La medida consistente en la prohibición de salida al extranjero con el hijo es una medida de aseguramiento que puede adoptarse en atención a lo dispuesto en el art. 91 en relación con el art. 90 *in fine*, ambos del CC, así como en las previsiones del art. 158 del propio CC en tanto que se persigue evitar perjuicios al menor⁽⁵⁹⁾, si bien no es un pronunciamiento necesario. Esta medida fue adoptada en el caso contemplado por la SAP Barcelona de 2 de mayo de 2001 [AC 2001\1039], en la que, sin embargo, atendiendo a las circunstancias del caso se estimó excesivo oficiar la medida a la policía de fronteras para impedir la salida del país del progenitor en compañía de su hijo.

Esta medida ha sido prevista expresamente por el legislador francés en el art. 373.2.6, párrafo 3.º del *Code civil*. Se trata de una medida profiláctica que puede ser adoptada por el “Juez de Asuntos familiares” y que consiste en ordenar la inscripción, en el pasaporte de los padres, de la interdicción de salida del territorio nacional acompañados del hijo menor común si no consta la autorización de ambos progenitores. Sin embargo, la eficacia de la medida es relativa,

(58) En efecto, la orden de pago directa al empleador del obligado se encuentra prevista en el art. 156.6.º del *Codice civile*, en materia de separación; en el art. 8.3.º de la Ley 898/1970, reformado por la Ley 74/1987, para el caso de divorcio; y, más en general, en el párrafo 2.º del art. 148 del *Codice civile*, cuando concurran hijos menores, a favor del otro progenitor o del tercero que soporte el mantenimiento, instrucción y educación de la prole.

(59) SOLETO, H., *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, op. cit., p. 140; sin que se trate de una medida cautelar de adopción restringida a los supuestos tipificados como delictivos, como podría desprenderse de las afirmaciones realizadas por R. DE PEÑAFORT LORENTE, “El traslado ilícito de hijos menores”, en *Los hijos menores de edad en situación de crisis matrimonial*, AEAF-Dykinson, Madrid, 2002, p. 144.

fundamentalmente porque en virtud del “Acuerdo de Schengen” (14 de junio de 1985 y 19 de junio de 1990) un padre puede, con entera libertad, llevar al menor lejos del país de origen sin necesidad de controlar su pasaporte; tratándose, además, de una medida cuya adopción sólo es posible respecto de nacionales, pues no puede ordenarse su inscripción en el pasaporte de un extranjero, lo que determina una eficacia relativa vinculada a la nacionalidad (así, Sentencia de la *Cour d’appel* de París de 3 de abril de 2003 [Actualité Juridique Famille, n.º 6, 2003, p. 227]).

4.ª) ***Medida de prohibición de expedición de pasaportes a los menores.***

En los mismos casos el Juez podrá también adoptar, como complementaria de la anterior, la medida de prohibición de expedición de pasaporte a los menores, comunicándolo a las autoridades competentes.

En diciembre de 2001, de nuevo el Grupo Parlamentario Socialista presentó una ***Proposición de Ley Orgánica Integral contra la Violencia de Género***⁽⁶⁰⁾, rechazando el Pleno del Congreso de los Diputados su toma en consideración en su sesión plenaria celebrada el día 10 de septiembre de 2002, sin entrar en el debate de fondo de las medidas legislativas propuestas, alegando el GP Popular únicamente la posible injerencia de algunas de ellas en las competencias de las CCAA y el contenido impropio de otras para ser materia regulada por una norma con rango de ley⁽⁶¹⁾. En esta Proposición de Ley, entre otras previsiones, se contemplaba un **elenco de medidas de protección** que podrían adoptar los “Jueces de Igualdad y Asuntos Familiares” cuya creación se proponía, para lo que se preveía la pertinente modificación de la LOPJ, y a los que se atribuirían competencias en materia civil (procesos de nulidad, separación y divorcio; adopción o modificación de medidas con trascendencia familiar; relaciones paterno-filiales) y penal (instrucción y fallo de faltas de malos tratos en el seno familiar e instrucción de delitos contra las relaciones familiares o cualquier otro cometido con violencia o intimidación entre los cónyuges, convivientes, ascendientes o descendientes): 1.ª Salida de domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones. 2.ª Privación de patria potestad y custodia de menores. 3.ª Suspensión de régimen de visitas, que habrá de ser adoptada siempre que se revele la existencia de violencia familiar. 4.ª Privación de la tenencia y porte de armas (privación de licencia e imposibilidad de obtenerla).

⁽⁶⁰⁾ Proposición de Ley Orgánica integral contra la violencia de género (122/000163) (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm. 183-1, 21 de diciembre de 2001).

⁽⁶¹⁾ Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 183 de 2002 (Sesión plenaria núm. 176); BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm. 183-2, 16 de septiembre de 2002. Los aludidos argumentos esgrimidos por el GP Popular, manifestados a través de su Diputada SAINZ GARCÍA, se encuentran recogidos en las pp. 9.160 a 9.162.

G. *Plazo de vigencia de las medidas provisionales previas*

Las medidas previas, adoptadas mediante auto, sólo subsistirán si dentro de los treinta días, contados a partir del día siguiente al de su adopción —se excluyen los días inhábiles (*ex art. 133.2 de la LEC*)—, se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio (arts. 104, párrafo 2.º del CC y 771.5 de la LEC). Transcurrido este plazo sin que se formule la demanda, las medidas que se hayan adoptado dejan de existir *ope legis*. Respecto al cómputo de este plazo surge la controversia entre la consecuencia que, a estos efectos, se derivaría de la aplicación literal de la previsión del art. 771.5 de la LEC —el *dies a quo* sería el de la fecha del auto acordando la adopción de las medidas— y la que resulta de la aplicación del art. 133 de la propia LEC, en tanto que según este último precepto, los plazos comenzarán a correr desde del día siguiente a aquél en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo, contándose el día del vencimiento, que expirará a las 24 horas. Parece razonable pensar que se aplica este último precepto puesto que, en otro caso, una notificación tardía del auto limitaría el plazo de que disponen las partes para interponer la demanda⁽⁶²⁾. Así lo entendía la doctrina mayoritaria de las AAPP —el día de la notificación del auto debe entenderse como día inicial del cómputo del plazo— (AAP Zaragoza de 29 de septiembre de 1999 [AC 1999\1663]). A diferencia de la LEC/1881 (art. 1885.2.º, *ex DA 4.ª Ley 30/1981*), no se prevé la posibilidad de prorrogar este plazo.

En el caso de que por causa no imputable al cónyuge instante no hubiese sido posible presentar la pertinente demanda, algún autor ha defendido la posibilidad de solicitar una prórroga de otros treinta días adicionales de vigencia de las medidas previas adoptadas y ello se hace argumentando sobre el carácter substantivo y no procesal del plazo de treinta días, de acuerdo con las previsiones del art. 104 del CC, calificando expresamente RIVERO como “*racional y justa*” esta solución⁽⁶³⁾.

En el caso de que haya transcurrido el plazo previsto para la vigencia de las medidas previas sin que se haya presentado por el cónyuge que ha solicitado su

(62) En este sentido, PÉREZ MARTÍN, A.J., *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva LEC*, *op. cit.*, p. 152; PONS GONZÁLEZ, M./DEL ARCO TORRES, M.Á., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: Régimen jurídico*, *op. cit.* (5.ª ed.), p. 421.

(63) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 735. En el mismo sentido, entre otros, se ha pronunciado entre los autores de formación civilista VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R., “Comentario al artículo 104 del CC”, en *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 422; y, entre los procedentes de la judicatura, GAVILÁN LÓPEZ, J., “Medias previas y provisionales en los procesos de nulidad, separación y divorcio”, en *Matrimonio: Nulidad canónica y civil, separación y divorcio*, *op. cit.*, p. 444.

adopción la demanda de nulidad, separación o divorcio, ¿podrá alguno de los cónyuges volver a solicitar su adopción? El art. 771 de la LEC no impone límite alguno, aun cuando ha de tenerse en cuenta el constituido por la interdicción de las peticiones formuladas con manifiesto abuso del derecho que habrán de ser rechazadas, fundadamente, por los tribunales *ex art. 11.1 de la LOPJ*. Sin embargo, parece razonable pensar que un nuevo episodio de violencia legitima en todo caso la nueva solicitud de adopción de medidas previas aunque el mismo cónyuge agredido haya dejado decaer, por inactividad, las adoptadas en un momento temporal anterior y aunque esto hubiese ocurrido en reiteradas ocasiones.

H. Ejecución del auto de adopción de medidas provisionales previas

El hecho de que la rápida y efectiva ejecución de las medidas adoptadas en los procesos matrimoniales se repite tan relevante como lo es su misma adopción tempestiva justifica las especiales previsiones que sobre la ejecución forzosa de aquellos pronunciamientos se contienen en el art. 776 de la LEC, en el que, después de afirmar con carácter general la vigencia de las disposiciones de las normas contenidas en el Libro III de la propia LEC en este ámbito, establece en su número 2.º una medida que puede resultar especialmente eficaz en relación con el cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias, en tanto que dispone su no convertibilidad en dinero —no procede su sustitución automática por el equivalente pecuniario, prevista con carácter general en el art. 709, apartado 3.º, de la LEC—, pudiendo mantenerse, mientras persistan los incumplimientos, las multas coercitivas mensuales, sin límite temporal alguno. Respecto a las medidas de naturaleza económica, la regla 1.ª del art. 776 de la LEC permite la imposición de multas coercitivas en caso de incumplimiento, de acuerdo con las previsiones del art. 711 de la LEC, al tiempo que reitera la posibilidad de ejecución sobre el patrimonio del deudor por las cantidades adeudadas y no pagadas.

IV. LAS UNIONES DE HECHO

1. Cuestiones generales acerca del procedimiento a seguir para dilucidar las cuestiones litigiosas que se susciten como consecuencia de la ruptura

Bajo la vigencia de la derogada LEC de 1881 la cuestión atinente al cauce procesal adecuado para decidir judicialmente sobre las relaciones personales y patrimoniales de las uniones no matrimoniales de pareja y su prole en caso de

conflicto no contaba con ninguna previsión normativa expresa. Por ello, las respuestas doctrinales y jurisprudenciales que se dieron, ante la duda que tal imprevisión normativa suscitaba, fueron diversas: *a)* Dilucidar estas cuestiones a través del juicio declarativo de menor cuantía (art. 484.3 y 4 de la LEC de 1881). *b)* Aplicar analógicamente lo dispuesto en la Disposición Adicional V de la Ley de 7 de julio de 1981, relativa a los procesos contenciosos de separación, nulidad y divorcio. *c)* Aplicar el procedimiento previsto para la adopción de las medidas previas y provisionales de los arts. 102 a 104 del CC y, en consecuencia, el régimen prevenido en el art. 1881 de la LEC derogada. *d)* Resolver la cuestión a través de los trámites de la jurisdicción voluntaria (arts. 1811 a 1824 de la LEC de 1881), con fundamento en la previsión contenida en el último apartado del art. 158 del CC, tras su reforma por la LO 1/1996, de 15 de enero, en el que se dispone que todas las medidas cautelares y demás encaminadas a la protección de los intereses de los hijos menores pueden ser adoptadas dentro de cualquier proceso civil o penal, así como en procedimiento de jurisdicción voluntaria⁽⁶⁴⁾.

Ante la inseguridad evidente que generaba el panorama que someramente acaba de enunciarse, parecía evidente la necesidad de que la nueva LEC tuviese en cuenta los litigios relacionados con la patria potestad, acogimiento, guarda y custodia de los hijos menores fruto de uniones no matrimoniales en orden a ofrecer cauces procesales adecuados para resolver las pretensiones relacionadas con estas cuestiones. De esta inquietud se hizo eco expresamente el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de LEC. El CGPJ estimaba conveniente extender el marco procesal previsto en el mentado *Anteproyecto* relativo a los procesos matrimoniales a las relaciones jurídicas derivadas del *status* familiar, ya fuera este matrimonial o no matrimonial, señalando que *“en todo caso, resulta imprescindible que en los procedimientos recogidos en este Título se comprendan también las pretensiones relacionadas con la patria potestad, acogimiento, guarda y custodia, etc., de los hijos no matrimoniales, así como las relaciones de las parejas de hecho, siempre que, en este último supuesto, así venga determinado por la regulación sustantiva”*. Con estos argumentos, el CGPJ informa-

(64) SAP de Barcelona (Sec. 12.ª) de 12 de octubre de 1998 [RJ 1998\8951]. El principal problema que planteaba acudir a este expediente era el derivado de la aplicación del art. 1817 de la LEC/1881, pues, si se aplica, al entablarse la controversia entre los progenitores habría que acudir al juicio declarativo ordinario de la jurisdicción contenciosa. La no aplicación del precepto mentado se sostuvo, entre otras resoluciones judiciales, en el Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 1989 [Act.Civ. 1990, § 22] y en el Auto de la AP de Segovia de 7 de abril de 1994 [AC 1994\615], así como en la SAP de Barcelona de 12 de noviembre de 1991 [AC 1992\838]. Por el contrario, la SAP de Barcelona de 17 de abril de 1989 [RGD 1989, p. 5.858] resolvió la cuestión a través de los cauces procedimentales del juicio ordinario de menor cuantía tras la interrupción del procedimiento de jurisdicción voluntaria por la oposición de la otra parte.

ba sobre la necesidad de modificar la propia denominación del Título de la LEC en donde se incluirían los procesos relativos a estas cuestiones, proponiendo la rúbrica más amplia de “*procesos sobre capacidad, filiación y familia*”. En un sentido similar, el GP Socialista formuló tres enmiendas (las núms. 174, 179 y 182) en la tramitación ante el Senado de la Ley, fruto de las cuales ha sido la introducción del párrafo 6.º del art. 770 de la LEC.

En orden a la adopción de las **medidas cautelares** adecuadas en los supuestos de violencia doméstica entre convivientes que formen una unión no matrimonial, habrá que estar a las previsiones normativas acerca de los procesos a través de los que se ventilan las cuestiones litigiosas que se suscitan como consecuencia de la ruptura de aquella unión. Esta afirmación supone la remisión a la previsión contenida en el art. 770.6 de la LEC, de conformidad con la cual se seguirán los trámites establecidos para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio (regulados en los arts. 771 y ss. de la LEC). Estas medidas son de aplicación cuando se trata de tomar decisiones urgentes referentes a los hijos menores de edad, especialmente la guarda y custodia, uso y disfrute de la vivienda familiar y asignación de una cantidad para levantar las cargas familiares, debiendo entenderse que ésta sólo debe comprender lo que corresponda a alimentos de los hijos, pues la jurisprudencia rechaza de manera uniforme —al menos hasta la STS de 27 de marzo de 2001 [RJ 2001\4770], que puede representar un punto de inflexión en esta doctrina, pues además de aplicar analógicamente el art. 96.1.º del CC, *aconseja* la aplicación a las uniones no matrimoniales de las previsiones del art. 97 del CC⁽⁶⁵⁾—, el reconocimiento entre exconvivientes de prestaciones económicas dirigidas tanto a compensar el desequilibrio económico derivado para uno de ellos por la ruptura (SSTS de 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992\9733] y de 30 de diciembre de 1994 [RJ 1994\10391]), como a subvenir al sustento de uno de ellos (SSAAPP Asturias de 22 de junio de 1994 [AC 1994\1156], Barcelona de 2 de julio de 1998 y Ciudad Real de 15 de marzo de 1999)⁽⁶⁶⁾.

Con esta previsión, la LEC/2000 parece zanjar una cuestión debatida bajo la legislación anterior y resuelta en un sentido negativo en una reunión habida entre Jueces de Familia de Madrid y Abogados celebrada en el mes de octubre de 1993, en la que se llegó a la conclusión de que en las uniones no matrimonia-

(65) Vid. CRESPO MORA, M.ª C., “Ruptura de la unión de hecho: Aplicación analógica de las normas sobre crisis matrimonial. Comentario a la STS de 27 de marzo de 2001 [RJ 2001\4770]”, *RdP*, núm. 9, 2002-2, especialmente la p. 522.

(66) Vid. LÓPEZ AZCONA, A., *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 62 y ss. Implícitamente, en este sentido, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 160 y 161.

les no se admitiría la solicitud de medidas provisionálísimas, que sería un procedimiento aplicable únicamente al matrimonio y de utilización restrictiva, solamente para casos de urgencia y *especialmente en los casos de malos tratos*. No obstante, la SAP de Oviedo de 22 de enero de 1998, bajo la vigencia de la LEC/1881, admitió las medidas provisionálísimas entonces existentes basándose en que *“en determinados aspectos, uno de los esenciales el que hace referencia a los hijos habidos de las uniones de hecho, se ha reconocido, a través de la dimensión de la palabra ‘familia’ contenida en el art. 39 de la CE, la aplicación de los arts. 102 y ss. del CC, es decir, la posibilidad de acordar medidas como la que se refiere a la fijación de unos alimentos a favor de los mismos, excluyéndose de tal forma cualquier clase de discriminación entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales”*.

También en el ámbito de las uniones no matrimoniales se deja sentir la falta de toma en consideración de la violencia doméstica en la legislación civil española, sobre todo si se pone en relación el estado de la cuestión en nuestro Ordenamiento jurídico con el existente en aquellos Ordenamientos en los que se han previsto medidas expresamente dirigidas a atajar el problema que nos ocupa. Una vez más los ejemplos alemán e italiano nos pueden ilustrar. En ambos casos, tanto la Ley italiana núm. 154 de 4 de abril de 2001 (significativamente lleva por rúbrica “Medidas contra la violencia en las relaciones familiares”), como la *GewSchG* de 11 de diciembre de 2001, están especialmente preordenadas a la tutela de la víctima frente a actos de violencia, pudiendo dirigirse la pretensión de tuición frente a la actuación de cualquiera de los miembros de una familia convivientes en el caso italiano —los arts. 342 *bis* y 342 *ter* del *Codice civile* se refieren expresamente al “*cónyuge o conviviente*”—, o frente a cualquiera, sin limitarse a los miembros de la familia, en el caso alemán; sin perjuicio de que, en este último caso, exista una regla especial para el cónyuge o para el conviviente homosexual de una unión estable registrada, en cuyo caso la Ley está dirigida a facilitar la atribución del uso de la vivienda familiar a la víctima de la violencia en los casos de separación. En orden a obtener la atribución del uso de la vivienda familiar el vigente § 1361b, párrafo 1.^º, BGB requiere solamente que se aprecie un perjuicio “*inícuo*” que pueda derivarse de la no atribución, frente al perjuicio “grave” que exigía la regulación derogada, de acuerdo con la cual los Tribunales empleaban el parámetro representado por la alternativa de la “*casa de la madre*”.

2. Adopción de medidas provisionales en el caso de existencia de menores (o incapaces)

Bajo el régimen vigente no puede plantearse duda alguna acerca de la posibilidad de adoptar medidas provisionales durante la tramitación del proceso que se produce como consecuencia de la extinción de la unión estable de pareja, aun cuando éste se tramite por las normas del juicio ordinario, ni tampoco las

previas provisionales aplicando analógicamente el régimen previsto para las causas matrimoniales. Es decir, las medidas provisionales que pueden solicitarse de manera coetánea a la demanda principal pueden solicitarse y ser adoptadas siempre que se ejercite una acción derivada de convivencias no matrimoniales o, en el caso de las previas provisionales, con anterioridad a la presentación de aquella demanda. En este sentido, ya bajo la vigencia de la derogada LEC, el AAP Barcelona (Sec. 10.^ª) de 27 de febrero de 1990 sostuvo que *“si la relación entre las partes basada en el afecto hace crisis, y existen hijos comunes de ambas, es evidente que deben adoptarse judicialmente, cuando así se interesa, todas cuantas medidas exija la nueva situación, teniendo como único norte el interés de los hijos que son los más urgentemente necesitados de protección, supliendo de tal forma la inactividad o falta de previsión de los progenitores. Entre estas medidas hay que incluir también la relativa al uso de la vivienda, con objeto de que el amparo a los hijos no sea meramente parcial; y si en el marco de la relación matrimonial el art. 96 del CC en defecto de pacto atribuye este uso a los hijos comunes, y por extensión lógica, al cónyuge en cuya compañía queden, no hay razón alguna para seguir un criterio distinto cuando la relación de los padres es meramente de hecho, pero con visos, apariencia y voluntad de estabilidad, por cuanto que otra cosa supondría una indeseable discriminación”*.

El art. 748.4.º de la LEC expresamente dispone que las *disposiciones contenidas en el Título I del Libro IV de la LEC son aplicables también* a los procedimientos *“que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores [o incapacitados] o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores [o incapacitados]”*.

Se suscita la cuestión de si las pretensiones relativas a la fijación del **régimen de visitas** a favor del progenitor al que no se le atribuyese la custodia del hijo menor y las relativas a la atribución del **uso de la vivienda familiar**, respecto de las que el TS considera aplicables analógicamente las previsiones de Derecho sustantivo contenidas en el art. 96 del CC, han de ventilarse también a través de estos cauces procesales. Parece que la respuesta ha de ser afirmativa (aunque el legislador usa el adverbio *“exclusivamente”*) y ello porque dentro de la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores ha de incluirse la fijación del régimen de visitas por el otro progenitor ya que, no se pierda de vista, esta medida es consecuencia necesaria de la atribución de la custodia del hijo menor a uno de sus progenitores (art. 160 del CC)⁽⁶⁷⁾. En este sentido, ha de recordarse que el progenitor extramatrimonial que no convive con su hijo o no lo tiene bajo su guarda y custodia tiene

(67) Vid. BUSTO LAGO, J.M., *Los procesos especiales en la LEC 1/2000 (Filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 89.

derecho —al igual que el progenitor matrimonial para idénticas situaciones— a mantener relaciones personales, de visita, comunicación y demás con su hijo ⁽⁶⁸⁾.

La respuesta ha de ser asimismo afirmativa para la pretensión atinente a la atribución del uso de la vivienda familiar, en el supuesto de que haya hijos comunes menores ⁽⁶⁹⁾, si tal atribución se incluye dentro de un concepto amplio de la pensión alimenticia del art. 142 del CC. Si dentro del término “alimentos” se comprende el concepto de “habitación”, para fijar la cuantía de aquéllos habrá que tener en cuenta que con la cantidad que establezca habrá que garantizar que el menor tendrá cubierta esta necesidad, siendo perfectamente válido que la prestación para atender a la educación, alimentos y asistencia médica se cuantifique económicamente y que lo que afecta a la “habitación” se cumpla cediendo el uso de la vivienda al hijo o atribuyéndolo judicialmente. En todo caso seguramente en la práctica judicial veremos cómo unos tribunales optan por la determinación de la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos en el seno del procedimiento especial, mientras que otros órganos judiciales opten por remitir al procedimiento común. En todo caso, la aplicación de la previsión contenida en el apartado último del art. 158 del CC, cuya redacción se debe a la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, habrá de determinar que, si existe un proceso abierto sobre la guardia, custodia y/o alimentos a favor del menor de edad, la medida atinente al uso de la vivienda familiar se decida en su seno, mientras que si no es así, se acuda al procedimiento de jurisdicción voluntaria de los arts. 1811 y ss. de la LEC/1881 (vigentes *ex DD Única 1.1.^a* de la LEC/2001, mientras no se apruebe la anunciada Ley reguladora de este tipo de procedimiento) ⁽⁷⁰⁾.

(68) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, J.M.^a Bosch, Barcelona, 1997, p. 93; DE LA VÁLGOMA, M.^a, “Derecho de visita a favor del padre no conviviente con hijo extramatrimonial”, en *La Ley*, 18 de abril de 1983, pp. 1 y ss.

(69) PÉREZ MARTÍN, A.J., “Comentario del artículo 748 de la LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (A. M.^a Lorca Navarrete, dir.) (1.^a ed.), tomo IV, Lex Nova, Valladolid, julio de 2000, p. 3.911; *ibidem*, “Disposiciones generales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”, en *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva LEC*, *op. cit.*, p. 105.

(70) Entre los autores que se han ocupado de esta cuestión hasta la fecha, DELGADO MARTÍN considera que en el caso de que exista un procedimiento iniciado sobre alimentos y/o guardia y custodia del menor, procede ventilar la decisión acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar en su seno; pero si este procedimiento no se ha iniciado, entonces habría de ventilarse por los trámites procedimentales propios de la jurisdicción ordinaria (DELGADO MARTÍN, J., *La violencia doméstica*, *op. cit.*, p. 181). El acudir a la jurisdicción voluntaria para dilucidar este tipo de cuestiones se justifica por tratarse de un

Respecto a la **competencia territorial** para conocer de estas reclamaciones, el art. 769.3 de la LEC atribuye expresamente la competencia al Juzgado de Primera Instancia —al Juzgado de Familia si lo hubiese— del lugar del último domicilio común de los progenitores y, en el caso de residir éstos en partidos judiciales distintos, al del domicilio del demandado o al de la residencia del menor, a elección del demandante.

Tras la reforma de la que ha sido objeto en virtud de la *GewSchG* de 11 de diciembre de 2001, el § 1361b, párrafo 1.º, BGB contempla, con la misma finalidad tuitiva de las víctimas de la violencia en el domicilio la familiar, la posibilidad de la puesta en peligro del bienestar de los hijos que cohabiten en el domicilio conyugal en orden a atribuir el uso de la vivienda familiar y la adopción, en su caso, de órdenes de alejamiento del agente violento, sin que resulte relevante a estos efectos que los hijos estén bajo la custodia de uno de los progenitores, si bien si uno de los progenitores se ocupa menos de su cuidado, es éste el que, en línea de principio, habrá de verse obligado a abandonar el hogar familiar, prevaleciendo el interés de los hijos sobre los derechos de propiedad sobre la vivienda o sobre los derivados de ser el titular único del arrendamiento, que son criterios que han de tomarse en consideración en defecto de la presencia de hijos menores (§ 1361b, párrafo 1.º, inciso 3.º, BGB).

3. Medidas cautelares en el caso de que no existan menores (ni incapaces)

Si no existen hijos menores (o incapaces), al igual que las demás cuestiones que puedan suscitarse como consecuencia de extinción de la unión no matrimonial, aun existiendo menores —en este caso se tratará fundamentalmente de las controversias acerca del destino del patrimonio común de los progenitores del menor—, habrán de resolverse por los trámites procedimentales propios del juicio ordinario (art. 249.2.º de la LEC), salvo si se trate de pretensiones cuyo valor patrimonial determinable sea inferior a 3.005,06 €, en cuyo caso los cauces procesales idóneos son los propios del juicio verbal⁽⁷¹⁾. Luego la atribución del uso de la vivienda familiar a un conviviente, en el caso de no existir meno-

procedimiento que responde a los principios de agilidad, simplicidad, celeridad y actuación judicial de oficio (ORTIZ NAVACERRADA, S., “Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica al Menor”, en *Actualidad Civil*, núm. 44, 1996, pp. 965 y ss.; DELGADO MARTÍN, J., “Oposición a decisiones en materia de protección de menores”, *Poder Judicial*, núm. 50, 1998, pp. 301 y ss.).

⁽⁷¹⁾ BANACLOCHE PALAO, J., “Comentario al artículo 748 LEC”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (DE LA OLIVA/DÍEZ-PICAZO/VEGA TORRES/BANACLOCHE), Civitas, Madrid, 2001, p. 1.264.

res, habrá de decidirse en el juicio ordinario o verbal que corresponda de acuerdo con la cuantía (para cuya determinación se aplicará analógicamente la regla 4.^a del art. 251 de la LEC), substanciándose, generalmente, a través de la división de la cosa común.

En cuanto a la posible adopción de medidas provisionales de eficacia temporal limitada al tiempo de tramitación del procedimiento en el que se dilucidan las cuestiones aludidas en el párrafo precedente, parece razonable pensar en una respuesta afirmativa, de manera que no sólo puedan solicitarse y ser adoptadas en los casos en que existan hijos menores de edad, en cuyo caso seguirán el cauce del art. 773 de la LEC, sino que también puedan solicitarse, eso sí, como medidas cautelares necesarias conforme dispone el art. 721 de la LEC. En este sentido, el art. 727 de la LEC enuncia una serie de posibles medidas a adoptar (formación de inventarios, cese de actividades o prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a efecto, etc.), al tiempo que, en su apartado 11, se prevé que puedan adoptarse todas aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en juicio. En el marco de la precisión de las medidas cautelares que cabe adoptar en estos supuestos se ha negado por algunos autores que quepa la atribución provisional del uso de la vivienda que haya constituido el domicilio común, pues no resultaría una medida homogénea con el objeto del proceso principal⁽⁷²⁾. Esta interdicción supondría un obstáculo grave a la adopción de medidas adecuadas en el caso de malos tratos familiares, si bien considero que aquella premisa no es determinante de esta interdicción en tanto en cuanto la vivienda sea copropiedad de ambos convivientes, pues en el proceso principal se va a decidir la atribución de su propiedad mediante, en su caso, el ejercicio de la correspondiente acción de división de la cosa común. Eso sí, en todo caso, la adopción requiere la excitación de parte y se exige la prestación de caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado (art. 728.2 de la LEC, donde radica la principal diferencia con las medidas provisionales del art. 773 de la LEC).

En su caso, las reclamaciones de alimentos formuladas por los hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica y convivan con alguno de los progenitores habrán de ser tramitadas por los cauces procedimentales

(72) En este sentido se han pronunciado expresamente BAYO DELGADO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 676, y DELGADO MARTÍN, J., *La violencia doméstica*, op. cit., p. 180.

propios del juicio verbal (art. 250.1.8.^a de la LEC)⁽⁷³⁾. En este caso la demanda habrá de presentarse por el hijo, estando legitimados pasivamente ambos progenitores. A efectos de evitar la posible apreciación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario habrá de dirigirla contra sus dos progenitores.

También por el trámite del juicio verbal, de acuerdo con la regla 8.^a del art. 250.1 de la LEC (alimentos debidos por disposición legal o por cualquier otro título), habrán de decidirse las controversias en relación con los alimentos entre convivientes si se han pactado para después de la ruptura (única posibilidad de que exista tal obligación de acuerdo con el CC, puesto que los convivientes de hecho no están incluidos en el art. 143 del CC) o si la legislación autonómica reguladora de las uniones estables de pareja los contempla, como es el caso de los arts. 8 y 14 de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de *uniones estables de pareja*; art. 7 de la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, de *parejas estables no casadas*; arts. 5.4 y 6.3 de la Ley Foral 6/2000, para la *igualdad jurídica de las parejas estables*, y art. 9.1 de la Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de *parejas estables* (pensión periódica para atender adecuadamente su sustento si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante para obtener ingresos o si este efecto es consecuencia del cuidado de hijos comunes).

V. ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En el caso de que se presenten puntos de conexión con más de un Ordenamiento jurídico pueden surgir problemas en relación con la determinación de la ley aplicable a las medidas adoptadas mediante resolución judicial en orden a prevenir la continuidad de los actos de violencia doméstica y en particular respecto de aquellas consistentes en la atribución del derecho del uso de la vivienda familiar a la víctima y, en su caso, la interdicción del agresor de entrada o de acercamiento a ésta y la obligación de éste de contribuir al levantamiento de las cargas familiares. La cuestión suscitada no resulta de fácil solu-

(73) Las SSAP de Asturias de 28 de septiembre de 1996 [AC 1996\1533] y 23 de octubre de 1997 [AC 1998\2131] y de Valladolid de 5 de julio de 1996 [AC 1996\1311] y de 12 de julio de 1996 (*Act.Civ.* 1997, p. 687), bajo la vigencia de la LEC de 1881, habían admitido la legitimación activa del hijo mayor de edad para solicitar alimentos en el propio proceso matrimonial. Sobre los aspectos sustantivos del derecho de alimentos de los hijos mayores de edad, entre otros, *vid.* GARCÍA DE LEONARDO, M.^a T., *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999; *ibidem*, “El ‘favor progenitoris’ en relación con los hijos mayores de edad”, *Aranzadi Civil*, núm. 7, julio 2001, pp. 15 a 29.

ción, como lo demuestra el hecho de que en la doctrina, patria y comparada, se discute, desde hace tiempo, si la medida consistente en la atribución del uso en exclusiva del domicilio conyugal, en el caso de que sea adoptada en el seno de una relación matrimonial, está comprendida dentro del ámbito de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio que se determina de conformidad con las previsiones del párrafo 1.º del art. 107 del CC —ley personal común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; en su defecto, Ley de residencia habitual del matrimonio y en caso de tener los cónyuges residencia en diferentes Estados, por la Ley española, siempre que los tribunales españoles resulten competentes—⁽⁷⁴⁾, siendo la solución propuesta aplicable analógicamente a los casos en los que procede la atribución del uso del domicilio conyugal a un ex-conviviente en los casos de ruptura de uniones no matrimoniales; o si, por el contrario, entra dentro del concepto de obligación de alimentos, regulándose, en consecuencia, de conformidad con la ley nacional común de alimentista y alimentante y, en el caso de que de acuerdo con esta ley no pueda obtenerlos, se regirá por la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame y, en defecto de ambas leyes o si ninguna de ellas los permite, de acuerdo con la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación (*ex art. 9.7 del CC*).

Los problemas derivados del criterio a utilizar para determinar la ley aplicable, así como las dificultades que pueden encontrar los órganos jurisdiccionales para aplicar determinadas medidas posibles de acuerdo con la ley nacional en el caso de que la común de los cónyuges sea una distinta, especialmente cuando la legislación propia cuenta con mecanismos idóneos de protección eficaz y tempestiva para los casos que nos ocupan, en los que dar cumplimiento a estas calificaciones constituye la única forma de que satisfagan su razón de ser, ha llevado al legislador alemán de diciembre de 2001 a prever una norma especial de Derecho internacional privado, de conformidad con la cual “la orden de uso exclusivo del domicilio conyugal y de los bienes domésticos que se encuentren en el territorio del Estado, así como las prohibiciones de entrada, acercamiento y contacto que de aquella se derivan, se rigen por la ley alemana” (§ 17a EGBGB, de acuerdo con la redacción que le ha dado el art. 10 de la *GewSchG*), lo que conduce al loable resultado de que la aplicación de la legisla-

⁽⁷⁴⁾ A favor de esta solución se pronuncian expresamente CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado* (3.ª ed.), vol. II, Comares, Granada, 2002, p. 120, excluyendo expresamente que esta cuestión se regule por la Ley rectora del régimen económico matrimonial. La eficacia en España de sentencias extranjeras en materia de separación y divorcio se regula de conformidad con el Reglamento CE 1347/2000, de 29 de mayo, en el caso de resoluciones judiciales procedentes de Estados miembros de la UE, salvo Dinamarca, y de conformidad con el párrafo 2.º del propio art. 107 del CC para el caso de que provengan de terceros Estados (o de Dinamarca).

ción tutitiva de la víctima de los malos tratos se aplica sin preocuparse de la nacionalidad de los cónyuges. El que el legislador italiano no haya tenido la previsión de establecer una norma similar a la alemana en la precitada Ley de 4 de abril de 2001, *de medidas contra la violencia doméstica*, ha sido ya objeto de acertada crítica por la doctrina de este país⁽⁷⁵⁾, de manera que sería deseable que el legislador español, caso de que decida afrontar la tarea de establecer expresamente instrumentos de tutela civil adecuados para los casos de malos tratos en el hogar, no incurra en esta elusión denunciada y establezca una norma de Derecho internacional privado similar a la alemana transcrita, sin perjuicio de que se llegue, ya en el momento presente, a esta misma solución en el caso de que se trate de medidas adoptadas como previas o provisionales en el curso de un proceso matrimonial, partiendo de la consideración de éstas como aspectos procesales sometidos como tales a la Ley española por imperativo del art. 3.º de la LEC, en el que se acoge el principio “*lex fori regit processum*”⁽⁷⁶⁾.

VI. LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y LA INTERVENCIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES. LA EXPERIENCIA FRANCESA DE LA “MEDIACIÓN PENAL FAMILIAR”

La mediación familiar, como institución dirigida a la resolución extrajudicial de conflictos de pareja —sea ésta matrimonial o no— que se suscitan normalmente en el momento en el que se produce la ruptura, ha sido acogida recientemente por algunas legislaciones autonómicas españolas (Cataluña⁽⁷⁷⁾, Galicia⁽⁷⁸⁾, Valencia⁽⁷⁹⁾), funcionando en Euskadi, desde el año 1988, un servicio de mediación familiar subvencionado por el Gobierno autónomo y en Aragón, dependiente del Instituto Aragonés de la Mujer, desde noviembre de 1997). La constatación de que la mediación familiar ha sido una solución eficaz

(75) HENRICH, D., “La tutela contro la violenza nella famiglia: La riforma tedesca”, *op. cit.*, p. 773.

(76) CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado* (3.ª ed.), vol. II, *op. cit.*, p. 122.

(77) Ley 1/2001, de 15 de marzo, *de mediación familiar de Cataluña* (BOE núm. 91, de 16 de abril de 2001).

(78) Ley 4/2001, de 31 de mayo, *reguladora de la Mediación Familiar* (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2001).

(79) Ley 7/2001, de 26 de noviembre, *reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana* (BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2001).

de los conflictos familiares en algunos países europeos⁽⁸⁰⁾, así como la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa núm. R (98) I, de 21 de enero de 1998, instando a los Gobiernos de los Estados miembros a instituir la o a dotarla de nuevo vigor en el caso de que ya la contemplasen sus legislaciones internas, así como la litigiosidad generada por aquellos conflictos, parecen haber sido los motivos desencadenantes de estas regulaciones. En cuanto que con la mediación se tratan de resolver, mediante acuerdos extrajudiciales, aquellas cuestiones más controvertidas que surgen como consecuencia de la interrupción de la convivencia, objetivamente podría acudir a ella también en los supuestos de violencia doméstica. Así, en el caso italiano, el párrafo 2.º del art. 342 *ter* del *Codice civile* prevé expresamente la posibilidad de que el Juez disponga la intervención de los servicios sociales, de un centro de mediación familiar o de aquellas asociaciones que tengan como fines estatutarios el sostenimiento y la acogida de mujeres y menores víctimas de abusos y de malos tratos familiares. Esta posibilidad, aun no estando prevista en la legislación civil ni procesal estatal española, resulta evidente que puede sugerirla el Juez civil en aquellos casos en los existan aquellos órganos y, en especial, los de mediación familiar. En particular la Ley gallega de mediación familiar prevé expresamente la posibilidad de que el proceso de mediación se inicie a propuesta de la autoridad judicial (art. 12.1, *in fine*) y la valenciana señala que el Juez podrá remitir a las partes en conflicto a la mediación familiar (art. 13.3), si bien, en cualquier caso, éstas han de estar de acuerdo en aceptar la mediación.

Sin perjuicio de que la mediación familiar constituya un instrumento más al que se puede acudir en caso de conflicto familiar, lo cierto es que si normalmente, reprimando una gráfica expresión con la que intitulaba un artículo publicado en esta misma *Revista* GUILARTE GUTIÉRREZ, resulta ser “una panacea cuestionable”⁽⁸¹⁾, tanto más cuestionable parece que lo será cuando la crisis familiar está provocada o acompañada de actitudes violentas y agresivas de alguno o de algunos de sus miembros. Sin embargo, al menos hemos de cuestionarnos estas últimas afirmaciones a la luz de la experiencia francesa a propósito de la mediación familiar en supuestos de conflictos familiares que pudieran

(80) En Inglaterra se contempla en la *Family Law Act* de 1996, si bien el Consejo Nacional de Mediación Familiar (NFCC) se creó oficialmente ya en el año 1983, y en Francia, prevista ya en el Decreto 652/1996, de 22 de julio, ha sido consagrada por la Ley núm. 2002-305, de 4 de marzo de 2002, relativa a la *autorité parentale*. Experiencias de mediación familiar han tenido lugar también en otros países, como Suiza, Holanda, Bélgica, Italia y Canadá, mostrando un estudio llevado a cabo en el año 1987 en este país la satisfacción de más del 80% de sus usuarios, habiendo llegado a acuerdos, totales o parciales, un 64% de los mismos.

(81) GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La mediación familiar: panacea cuestionable”, *Revista de Derecho de Familia*, 2000, p. 34.

resultar penalmente relevantes, tanto en el ámbito del Derecho penal familiar (impago de pensiones, abandono del hogar, etc.), como en el ámbito de delitos comunes de naturaleza privada o semiprivada (vías de hecho, lesiones involuntarias, etc.). El legislador francés, tomando en consideración que en estos casos concurre un elemento que los diferencia radicalmente de otros eventos similares con distintos protagonistas, cual es el derivado de la preexistente relación entre la víctima y el autor, que perdurará también después del episodio delictivo, ha consagrado la viabilidad de la mediación familiar para estos supuestos en el art. 41.1 del *Code de procédure pénale* de 4 de enero de 1993 (*Loi* núm. 93-2). En esencia, el funcionamiento de la institución de la mediación familiar en estos supuestos es análogo al propio del instituto cuando no media hecho penalmente relevante, tratándose, en ambos casos, de adoptar una respuesta adecuada a través del diálogo entre los implicados fomentado por la intervención de un mediador neutral, sin que resulte necesaria la intervención de representante procesal ni de asesor jurídico. En el caso de la mediación familiar penal la finalidad es la de buscar una solución al conflicto nacido de la infracción penal que ya se ha materializado, tratando de responsabilizar al autor e intentando prevenir la posible reincidencia, reparando inmediatamente el daño causado a la víctima y, llegado el caso, reconciliando a ambas partes⁽⁸²⁾. En todo caso, tratándose de mediación penal la elección última de esta vía, aun recayendo solicitud de los implicados, depende del Ministerio Público y el mediador puede ser un profesional especialista en la resolución de conflictos de esta naturaleza o un servicio de ayuda a las víctimas de violencia doméstica, siempre que estén inscritos en un registro público que se lleva en el “Instituto Nacional de Ayuda a las Víctimas y de Mediación” (INAVEM), actuando siempre como mandatario del Ministerio Público y bajo la supervisión de la jurisdicción penal. Por otra parte, el hecho de que sobre el autor del delito penda la posible actuación de la jurisdicción penal es un no despreciable factor que tiende a facilitar el acuerdo a través de la mediación, siendo éste un dato que favorece los acuerdos en esta sede, en relación con lo que ocurre en la mediación familiar no penal⁽⁸³⁾.

(82) Circular del Ministerio de Justicia de 3 de marzo de 1996 (NOR JUS-D-96-300031 C; CRIM-96-5-19.03.96).

(83) *Vid.* LIENHARD, C./COPIN, J.-P., “Médiation pénale familiale: un mode alternatif au contentieux pénal familial”, *Actualité Juridique Famille*, núm. 7/2002, pp. 254 y 255.

VII. EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO DEL AGRESOR AQUEJADO DE UN TRASTORNO PSÍQUICO. EL TRATAMIENTO MÉDICO OBLIGATORIO DEL MALTRATADOR

Puede pensarse que, en ocasiones, las agresiones a miembros del propio grupo familiar sean fruto de una alteración psíquica susceptible de ser tratada clínicamente. En este sentido, ha de recordarse que la posibilidad de recibir un tratamiento médico en régimen de internamiento está supeditada, como regla general, a la previa prestación del consentimiento, libre y voluntario, por el paciente, pudiendo otorgarse éste por representación —al margen de los casos del menor de edad incapaz intelectualmente de comprender el alcance de la intervención y del incapacitado legalmente— únicamente en los casos en los que la alteración psíquica no permita tomar decisiones autónomamente (arts. 2.2 y 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* [BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002]). En todo caso, la posibilidad de internamiento no voluntario ha de ser interpretada de manera restrictiva por tratarse de una medida de privación de un derecho fundamental de la persona sólo justificada en los casos en los que, como medida de seguridad, lo prevé la ley penal o en aquellos supuestos en los que concurren los presupuestos enunciados en el art. 763 de la LEC: existencia de un trastorno psíquico y autorización judicial, con los controles posteriores que el propio precepto previene, que ha de ser interpretado de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, de manera que, excepción hecha de los casos de urgencia, una persona no puede verse privada de su libertad a menos que se haya demostrado fehacientemente una incapacidad mental que justifique su hospitalización obligatoria (SSTEDH de 24 de octubre de 1979 —caso “*Winterwerp*”—, de 8 de mayo de 1985 —caso “*Ashingdane*”— y de 26 de febrero de 2002 [TEDH 2002/9] —caso “*H. M. contra Suiza*”—)⁽⁸⁴⁾. La constitucionalidad de los aspectos formales del procedimiento de internamiento ha sido ratificada, sobre el texto del derogado art. 211, párrafo 2.º, del CC, por la STC 129/1999, de 1 de julio, si bien subsiste la duda de si la previsión de la medida de internamiento en sí misma considerada no requeriría una Ley Orgánica de acuerdo con las previsiones del art. 81.1 de la CE en tanto que afecta a un derecho fundamental

(84) Doctrina jurisprudencial seguida por la STC 104/1990, de 4 de junio, y por la STS de 10 de febrero de 1986 [RJ 1986/520]. *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico”, en *Poder Judicial*, núm. 3, septiembre de 1986, especialmente la p. 111; LETE DEL RÍO, J.M., “Internamiento por razón de trastorno psíquico”, en *Actualidad Civil*, núm. 43, 18 a 24 de noviembre de 2002.

reconocido en el art 17.1 de la propia CE ⁽⁸⁵⁾. En todo caso, parecen concurrir en el supuesto de violencia doméstica que tenga su etiología en el trastorno psíquico del agresor los presupuestos para la adopción del internamiento no voluntario en un centro adecuado para el tratamiento de aquel desorden mental, al tiempo que concurre la peligrosidad social del sujeto del internamiento que se manifiesta objetivamente en los actos de violencia en el hogar. Sin embargo, no puede olvidarse que diversos estudios norteamericanos no han podido demostrar la existencia de un grado especialmente marcado de trastornos psicológicos en maridos que abusaron de sus esposas, tratándose normalmente, aunque no exclusivamente, de situaciones continuadas en la línea de determinada psicología de las acciones masculinas que encuentran sus explicaciones en teorías psicosociales —la agresividad vendría a ser una respuesta a determinadas presiones sociales y del entorno—, en la ingesta de sustancias como el alcohol o en determinadas conductas culturales ⁽⁸⁶⁾.

En todo caso, de conformidad con lo preconizado por algunos estudios sobre la violencia contra las mujeres en el seno de la familia que ponen de manifiesto que el tratamiento médico del maltratador puede coadyuvar a solventar el problema —aunque no se trata de una conclusión uniforme, antes al contrario, parece que los efectos son meramente suspensivos de la conducta mientras dura el tratamiento—, en los EE.UU., incluso en aquellos supuestos de malos tratos que adquieren relevancia penal, se han hecho populares las sanciones que consisten en el sometimiento del maltratador a un determinado tratamiento obligatorio. Así, en algunas jurisdicciones, el Fiscal no presenta cargos penales si el maltratador acepta someterse a aquellos tratamientos, y en otros supuestos los Juzgados de Familia imponen el tratamiento obligatorio como condición ligada a determinadas medidas de guarda y custodia de los hijos menores ⁽⁸⁷⁾. En España no existe una previsión legal expresa al respecto —más allá de las medidas de internamiento en centros psiquiátricos, en centros educativos especiales o en centros de deshabitación previstas como medidas de seguridad que puede adoptar en la sentencia de condena el Juez penal para distintos supuestos en los que aprecie determinadas causas de exención de responsabilidad penal (arts. 101 a 104, en relación con las causas de exención del art. 20, núms. 1

(85) Vid. MARÍN LÓPEZ, J.J., “Los locos y su libertad: El artículo 211 del CC (Sobre la STC 129/1999, de 1 de julio)”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, pp. 183 y ss.

(86) MAYNARD, M., “Violence towards women”, en RICHARDSON, D./ROBINSON, V. (coords.), *Introducing Women's Studies*, Basingstoke, Macmillan, 1993, p. 110; MULLENDER, A., *La violencia doméstica. Una nueva visión de un viejo problema* (traduc. ed. Londres, 1996), Paidós, Barcelona, 2000, pp. 66 y ss.

(87) Vid. MEDINA, J.J., *Violencia contra la mujer en la pareja (Investigación comparada y situación en España)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 503 y ss.

a 3, todos del CP)— y los jueces parecen no haber abogado, hasta la fecha, por la utilización de este tipo de medidas para estos supuestos, sin perjuicio de que su previsión parece sugerirse en el Informe del CGPJ de 21 de marzo de 2001 y en el “II Plan de acción contra la violencia doméstica (2001-2004)” (88).

VIII. ALGUNAS RESPUESTAS PARCIALES A LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE LA EXISTENCIA DE MECANISMOS LEGALES HÁBILES Y EFICACES DE RESPUESTA A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y LAS DUDAS SOBRE SU EFICIENCIA

A lo largo de las páginas precedentes se han analizado las medidas que pueden ser adoptadas por los órganos jurisdiccionales civiles en los supuestos

(88) Este “II Plan” se articula en función de cuatro bloques de iniciativas: a) Medidas preventivas y de sensibilización que incluyen actuaciones tendentes a la sensibilización, a la formación y a la coordinación. b) Medidas asistenciales y de intervención social, destinadas a la creación de recursos para dar respuestas a las necesidades de las víctimas. c) Investigación, medidas encaminadas a la obtención de datos fiables y completos sobre violencia doméstica. d) Medidas legislativas y procedimentales, que intentan perfeccionar la cobertura legal de toda la problemática específica del tema de la violencia doméstica.

En el ámbito del Derecho penal sustantivo, se propone fundamentalmente la inclusión de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en lugar de la multa para los supuestos contemplados en los arts. 617 y 620 del CP; la incorporación al art. 153 del CP de la pena de inhabilitación especial en los términos ya descritos; la modificación del art. 83 del CP; la introducción en el art. 88 del CP relativo a la sustitución de la imposición de alguna de las reglas de conducta del art. 83.1.º del CP; la regulación de las consecuencias del incumplimiento por parte del imputado de las reglas de conducta impuestas por suspensión y sustitución de la pena prevista en los apartados anteriores; la inclusión como pena conjunta del delito y falta recogidas en el CP, de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Sobre estas medidas, *vid.* MORILLAS CUEVA, L., “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, 2002 (en <http://criminet.ugr.es/recpc/>).

Este “II Plan” ha recibido las críticas de los partidos de la oposición. Así, el PSOE lo califica de inconsistente, de no ser un Plan Integral sino una serie de medidas sueltas que solo contienen, en la mayoría de los casos, únicamente la intencionalidad o el impulso de algo, de ser repetitivo en relación con el anterior, de transmitir la falta de iniciativas y propuestas nuevas, de confundir prevención con publicidad, de no avanzar en las medidas legislativas mas allá de “analizar”, “impulsar”, instar, etc. Como alternativa señala que los Planes Integrales deben producirse como desarrollo de la Ley Integral, y deben contemplar: un compromiso de Gobierno que implique a todos los Ministerios y garanticen la coordinación entre todas las administraciones; medidas concretas, mensurables y evaluables, y el compromiso de su realización; intervención en todas las áreas que contempla la Ley; presupuesto suficiente para cubrir las necesidades actuales, aprobado como tal en los Presupuestos Generales del Estado; un sistema adecuado de seguimiento y evaluación. Además propone el hablar de intervención contra la violencia de género y actuar también contra las agresiones sexuales y el acoso (*vid.* “Primera valoración del borrador del II Plan Integral contra la Violencia Doméstica”, *Boletines PSOE*).

en los que se acredite la realización de actos de violencia —física o psíquica— por un miembro de la unidad familiar, teniendo como víctima a otro o a otros de los miembros que con él cohabiten. Se trata, como se ha visto, de una regulación, la civil y procesal civil española, no pensada expresamente para supuestos de crisis familiares derivadas de sucesos de aquella naturaleza pero que sí puede ser objeto de plausibles interpretaciones y aplicaciones posibilistas por los órganos jurisdiccionales civiles, si la voluntad de éstos es la de afrontar con decisión la adopción de remedios útiles, lo que exige, en todo caso, su adopción tempestiva. Sin embargo, las reveladoras cifras, con las que últimamente nos abruman los sociólogos y estadísticos, se empeñan en demostrarnos su escasa eficacia práctica y ello acaso venga motivado por la posible falta de osadía en su aplicación por algunos de los operadores jurídicos sobre los que recae especialmente, por razón de la función que desempeñan, esta responsabilidad. Sin perjuicio de lo que acaba de afirmarse, urge una reforma de algunas previsiones del CC y de la LEC preordenadas exclusivamente a la protección de las víctimas de la violencia doméstica, resultando conveniente en esta labor tomar en consideración los ejemplos de los países de nuestro entorno jurídico-cultural de los que, con mayor o menor detalle, también he tenido la oportunidad de dar razón en los párrafos precedentes.

Completando las ideas expuestas en el párrafo anterior, razones adicionales que explican la ineficacia, a tenor de las pertinaces estadísticas, de las medidas de protección adoptadas por el legislador español hasta el momento en el que son escritas estas páginas, las hallamos en el ya mencionado *Informe del CGPJ sobre la violencia doméstica* de 21 de marzo de 2001, cuyas propuestas acaso debiesen coordinarse con alguna modificación procesal (el propio CGPJ apunta la necesidad de especialización de los Jueces y Tribunales y al final de este epígrafe se precisa alguna idea adicional), completado con programas de ayuda económica (subsidio de desempleo, ayudas familiares, etc.) en determinados casos y de flexibilidad laboral (suspensión o extinción del contrato laboral) y preferencia en la movilidad laboral:

1.^a) En primer lugar, en su *Informe* del año 2001, el CGPJ abogaba expresamente por el establecimiento de mecanismos de **coordinación entre las jurisdicciones civil y penal**. A juicio del máximo órgano de gobierno del Poder Judicial, puesto que la violencia familiar representa una manifestación externa de la existencia de crisis en la relación de pareja, en multitud de ocasiones ante las jurisdicciones civil y penal se tramitan simultáneamente procedimientos que tienen como protagonistas a los mismos sujetos. Así, mientras ante los Juzgados de Primera Instancia o de Familia se sigue el correspondiente procedimiento de separación, divorcio o nulidad, en los de Instrucción y Enjuiciamiento Penales se procede a investigar y sancionar los malos tratos de los que es objeto uno de los miembros de la pareja u otro integrante del núcleo familiar. Así las

cosas, derivadas del organigrama jurisdiccional español, no sorprende que las decisiones adoptadas en una de las vías jurisdiccionales en las que se está actuando en función de unos mismos hechos y con los mismos protagonistas, frente a lo que es deseable, no estén coordinadas con las adoptadas en la otra, pese a tener consecuencias recíprocas. Se hace así imprescindible, señala el CGPJ, articular un mecanismo riguroso de conexión entre ambas jurisdicciones (si no se quiere optar por la creación de órganos como los *Juzgados de Igualdad y Asuntos Familiares* previstos en la *Proposición de Ley Integral contra la violencia de género* presentada por el Grupo Parlamentario Socialista y cuya constitución ha sido reclamada expresamente por algún sector de la judicatura⁽⁸⁹⁾, habiendo funcionado los denominados “Juzgados de violencia doméstica” a modo de experiencia piloto, en Alicante, Elche y Orihuela, en virtud del Acuerdo del Pleno del CGPJ de 1 de diciembre de 1999) en orden a que las decisiones jurisdiccionales adoptadas en una de las dos jurisdicciones implicadas sean inmediatamente conocidas por la otra, de manera que ambas se complementen adecuadamente y permitan dispensar desde el primer instante un tratamiento integral y coherente a la crisis surgida en el núcleo familiar. Este trasvase de información adquiere especial relevancia en el caso de adopción de medidas cautelares en el ámbito penal. En este ámbito, de facilitación de la coordinación de la denuncia y las medidas penales con las consecuencias derivadas de haber instado un procedimiento matrimonial, merece destacarse lo meritorio de las previsiones acogidas en la “Guía de actuaciones ante la violencia doméstica” elaborada por una comisión de trabajo judicial constituida en Alicante, en cuyo protocolo de denuncia se establecía un apartado relativo a la posibilidad de presentar ante el Juzgado de Familia o decanato, si aquél no existe, un escrito instando la adopción de las medidas previas urgentes al amparo del art. 771 de la LEC, así como la reclamación insistente de una fluida relación entre los JPI y de Familia con los Juzgados que conozcan de denuncias por malos tratos⁽⁹⁰⁾.

En el momento presente este mecanismo de interconexión de carácter imperativo no existe en el Ordenamiento jurídico español. La única posibilidad es la que brinda la presencia del Ministerio Fiscal en el procedimiento penal y en el civil cuando existen menores o incapaces. El CGPJ exhorta a los miembros de la judicatura a interesarse por la existencia de algún procedimiento incoado en la otra jurisdicción y, en caso afirmativo, a que recaben testimonio de lo allí actuado, a la vez que remitan testimonio puntual de lo acordado en el suyo.

(89) Significativamente, MAGRO SERVET, V., “Los juzgados especializados en violencia doméstica”, *La Ley*, 28 de mayo de 2001.

(90) *Vid.* MAGRO SERVET, V., “La necesidad de protocolizar la lucha contra la violencia doméstica”, *La Ley*, 12 de noviembre de 2001.

2.^a) En segundo lugar, el CGPJ proponía la creación de un **“Registro de Medidas contra la Violencia Doméstica”**. En la actualidad se lleva un Registro informático de causas por violencia doméstica en la Fiscalía General del Estado, si bien se trata de un instrumento organizativo de la Fiscalía sobre el que carecen de potestad los Juzgados y Tribunales. El Registro permitiría el acceso rápido por los Juzgados, Tribunales, Ministerio Fiscal y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a una información de especial importancia.

3.^a) Por último, el CGPJ suscita la posibilidad de establecer expresamente que el **Juez de Guardia** pueda **ordenar la comparecencia de los afectados y resolver cautelarmente**. En esta propuesta subyace la adecuada idea de conformidad con la cual la inmediatez y la rapidez en la actuación judicial constituyen dos presupuestos irrenunciables si se pretende el éxito de las medidas adoptadas y ello tanto porque provoca en el agresor el temor ante la respuesta fulminante del Estado, como porque traslada a la víctima la sensación de confianza en las instituciones.

Es por la razón que acaba de exponerse por la que las reformas legislativas llevadas a cabo en los países de nuestro entorno jurídico-cultural en este ámbito no han descuidado las necesarias reformas procesales encaminadas a garantizar aquellos presupuestos, permitiendo actuaciones judiciales de protección inmediata de la víctima. Así, el legislador alemán se ha preocupado de establecer que sobre la demanda de la víctima se decide en el seno de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pudiendo el Juez disponer, una vez haya apreciado la urgencia requerida por el caso, la inmediata eficacia y ejecutividad de las medidas adoptadas incluso con anterioridad a la comunicación de éstas al sujeto responsable de los actos violentos contra el que la demanda ha sido propuesta (§ 64b FGG, de acuerdo con la redacción que le ha dado el art. 5 de la *GewSchG*, bajo la rúbrica *“Änderungen des Gesetzes über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit”*), pudiendo adoptar también medidas de urgencia en tanto está pendiente el procedimiento de urgencia. De igual manera, el legislador italiano de abril de 2001 ha reformado, además de la Ley procesal penal, el *Codice de procedura civile*, introduciendo *ex novo* un Capítulo V bis en el Título II de su Libro IV, cuyo único contenido es el art. 736 bis en el que se regula el “procedimiento de adopción de las órdenes de protección contra los abusos familiares”, previéndose expresamente en su párrafo 3.^o que en los casos en los que el Juez aprecie la urgencia, previa la necesaria información sumaria, puede adoptar inmediatamente la orden de protección de la víctima, fijando la audiencia de comparecencia de las partes —en la que el Juez podrá confirmar, modificar o revocar la orden de protección adoptada— dentro de un término no superior a quince días, confiriendo al instante de las medidas un plazo no superior a ocho días para la notificación del recurso.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre.

Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez.

Legitimación de los guardadores de hecho para interponer recurso de amparo contra una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que se les negó la personación.

Declaración de nulidad del auto dictado por la Audiencia Provincial revocando el dictado por el Juzgado de Instancia, al no justificarse debidamente en dicha resolución la ausencia de peligro para la integridad moral de la menor.

ANÁLISIS DEL CASO

- María Ángeles M.R., nacida el 19 de octubre de 1986, fue adoptada legalmente en 1987 por el matrimonio compuesto por la Sra. R.A. y el Sr. M.P. Con ocasión de una denuncia formulada por el Sr. M. contra la Sra. R. por la presunta comisión de maltrato a la menor, el Juez de Instrucción núm. 1 de Sevilla, en virtud de providencia de 24 de abril de 1989, remitió las diligencias incoadas al Instituto Andaluz de Servicios Sociales al desprenderse de ellas la presunta situación de desamparo de la aludida menor.
- La Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía dictó Resolución el 22 de enero de 1993, en el expediente 41/603/1988 sobre protección de menores, mediante la que acordó declarar la situación legal de desamparo de la menor (arts. 172 y ss. CC), asumir su tutela desde la fecha de esta Resolución, ingresar a la menor en un centro de acogida, bajo la guarda de su director y la vigilancia de la entidad, y limitar el régimen de relaciones familiares a visitas en dicho centro. Tal resolución fue ratificada por otra de 11 de junio de 1993. Este mismo día se formalizó un acogimiento familiar que duró hasta el año 1996, año en el que, fruto de las diligencias previas núm. 2698/1996, abiertas como consecuencia de la denuncia por agresión sexual contra la familia que tenía a la menor en acogida, se revocó el aludi-

do acogimiento familiar, ingresando la menor de nuevo en un centro de acogida.

- La Sra. R.A., madre adoptiva de la menor, promovió un expediente de jurisdicción voluntaria de oposición a la declaración de desamparo legal (autos 469/1993) ante el Juez de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, quien, por Auto de 28 de junio de 1994, estimó la oposición contra la declaración de desamparo de la menor efectuada por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía de 22 de enero de 1993, ratificada el 11 de junio del mismo año, y ordenó la reinserción de la menor en la familia adoptiva con las cautelas que dispuso en el fundamento de Derecho sexto del mismo Auto.
- La Junta de Andalucía apeló dicho Auto; el recurso fue desestimado por Auto de la Audiencia Provincial de 10 de abril de 1995, que hizo suyas las razones vertidas en el Auto del Juez de Primera Instancia. La Sra. R.A. solicitó la ejecución de esta resolución judicial el 7 de junio de 1995. El Juez acordó requerir a la Administración para que reintegrase a la menor en su familia. El 13 de julio de 1995 la Junta de Andalucía solicitó la suspensión de la ejecución del Auto, presentando diversos informes relacionados con el supuesto perjuicio que a la menor le produciría su ejecución. Por providencia de 27 de julio el Juez acordó no haber lugar a la petición deducida, ordenando requerir de nuevo a la Administración para el cumplimiento de la resolución legalmente adoptada. El 25 de octubre de 1995 la Junta de Andalucía comunicó al Juzgado que iniciaba el proceso de reinserción de la menor. Como consecuencia de ello tuvo lugar un primer encuentro de la menor con sus padres en presencia de una psicóloga del servicio de atención al menor.
- El 6 de febrero la madre adoptiva presentó un escrito ante el Juzgado poniendo de manifiesto que, a pesar de que habían transcurrido casi diez meses desde que se dictó el Auto de la Audiencia Provincial que confirmó el Auto del Juez de Primera Instancia por el que se estimó la oposición contra la declaración de desamparo incoada y se ordenó la reinserción de la menor en la familia adoptiva, todavía no se había cumplido lo dispuesto en las invocadas resoluciones. El Juez, mediante providencia de 8 de febrero, volvió a requerir a la Administración que cumpliera inmediatamente lo dispuesto en el Auto de la Audiencia.
- El 19 de febrero de 1996 la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales volvió a enviar un nuevo escrito al Juzgado en el que se hacía constar que el primer contacto de la menor con los padres había sido traumático, por lo que solicitaba la suspensión del proceso. Por providencia de 15 de marzo se acordó requerir de nuevo a la Administración para que cumpliera lo acordado.

- El Fiscal, al conocer los informes que enviaba la Administración dando cuenta de cómo se habían ido desarrollando las visitas de la menor con sus padres, y al advertir que, de acuerdo a lo que en ellos se exponía, se estaba produciendo una involución en el proceso de reinserción de la menor con su familia, solicitó un informe del psicólogo adscrito al Juzgado, así como la exploración judicial de la menor. El Juez acordó lo interesado en providencia de 16 de septiembre.
- Mediante escrito de 9 de enero de 1997 la Junta de Andalucía solicitó de nuevo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla la suspensión de la ejecución del Auto por el que se revocó la Resolución de desamparo legal de la menor y ordenó la reinserción de ésta en la familia de adopción, haciendo valer el interés prevalente de la menor (tal petición se apoyaba en diversos informes). El Fiscal solicitó también la suspensión de la ejecución del Auto.
- El Juez, por Auto de 19 de marzo de 1997, y tras una nueva exploración de la menor, acordó declarar imposible de ejecutar en sus propios términos su Auto de 28 de junio de 1994, en atención al interés preferente de la menor y a los perjuicios que le causaría dicha ejecución en las actuales circunstancias, acordando también la procedencia de la ejecución por equivalente, mediante indemnización económica que la Junta de Andalucía debía satisfacer a la madre adoptiva.
- La Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía comunicó al Juzgado el 13 de mayo de 1997 el ingreso de la menor en un centro de acogida, y mediante acta de acogimiento familiar de 19 de marzo de 1998 se formalizó el acogimiento de dicha menor por el matrimonio formado por la Sra. P.A. y el Sr. M.A.
- El Auto del Juez de 19 de marzo de 1997 fue recurrido en apelación por la Junta de Andalucía y por los padres adoptivos de la menor. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial resolvió estos recursos en Auto de 18 de septiembre de 1998, desestimando el interpuesto por la Junta de Andalucía y estimando el formulado por la madre adoptiva, por lo que revocó el Auto impugnado y ordenó que se diera cumplimiento al dictado el 28 de junio de 1994, que había sido confirmado en apelación por otro de la Audiencia de 10 de mayo de 1995.
- El 6 de noviembre de 1998 el Juez dictó una providencia por la que ordenó a la Administración que procediera a dar exacto cumplimiento a lo acordado, requiriéndola para que dejara sin efecto la situación de acogimiento en la que pudiera encontrarse la menor y procediera a reiniciar el proceso de reinserción familiar con sus padres adoptivos.
- El 19 de noviembre de 1998 se diligenció por el Juzgado de Paz de Benaurel una comparecencia de la menor, a la cual se adjuntó una carta de la familia de acogida, insistiendo en que la menor debía ser oída por el órgano

judicial competente. El Juez de Primera Instancia de Sevilla, por providencia de 2 de diciembre de 1998, acordó oír a la menor, audiencia que tuvo lugar el 3 de diciembre de 1998. Al testimonio de esa audiencia se unió informe del Fiscal en el que se señala que debe estudiarse con prudencia la que se atisba nueva situación de la menor, y se interesa que se deje sin efecto la providencia de 6 de noviembre de 1998 a tenor de las nuevas circunstancias comunicadas al Juzgado y formuladas directamente por la menor.

- Por providencia de 3 de diciembre de 1998 el Juez de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla acordó citar a todas las partes a una comparecencia, en virtud de lo previsto en el art. 158.3 del CC, y, a tenor de las nuevas circunstancias, dejar sin efecto la providencia de 6 de noviembre de 1998.
- El Juez, de conformidad a lo dispuesto en el art. 158.3 del CC, el 11 de enero de 1999 dictó un Auto en el que, apreciando circunstancias sobrevenidas, estimó que el retorno de la menor con su familia adoptiva era gravemente dañoso, pernicioso y contraproducente para su integridad psíquica, por lo que acordó adoptar una serie de medidas respecto de la menor (atribuir a la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía su guarda, disponiendo que se realizara manteniendo la situación de guarda de hecho en la que se encontraba en aquel momento, todo ello sin perjuicio de que se pusieran en marcha otras actuaciones de protección que se considerasen pertinentes).
- La Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Sexta, dictó auto el 3 de febrero de 2000, por el que se estimaba el recurso de apelación interpuesto contra el dictado el 11 de enero de 1999 por el Juez de Primera Instancia núm. 7 de la misma localidad, en autos de juicio incidental de oposición a la declaración de desamparo de una menor.
- El 24 de febrero de 2000 el Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó un escrito por el que interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial de la que se hace mérito en el encabezamiento de esta Sentencia en defensa del derecho fundamental de la menor María Ángeles M.R. a su integridad moral (art. 15 de la CE). Mediante otrosí se interesaba la suspensión del Auto impugnado de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- El 26 de febrero de 2000 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la demanda de amparo interpuesta por doña María P.A. y don Manuel M.A., guardadores de hecho de la menor, contra el mismo Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla. Los demandantes de amparo alegan que el Auto impugnado infringe el derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la CE), el derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 de la CE), el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE) y el derecho al juez imparcial (art. 24.2 de la CE). Mediante otrosí se

interésó la suspensión del Auto impugnado de la Audiencia Provincial de Sevilla.

- El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Fundamentación jurídica del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

El Fiscal aduce en su recurso de amparo que el Auto de la Audiencia impugnado ha vulnerado la integridad moral de la menor (art. 15 de la CE) en relación con su derecho al libre desarrollo personal (art. 10.1 de la CE).

En sus alegaciones pone de manifiesto que el asunto que se plantea en este recurso de amparo es de una gran complejidad, tanto fáctica como jurídica.

En relación con los hechos señala que se observan amplios períodos de tiempo entre la denuncia del padre adoptivo y la declaración de desamparo (casi cuatro años), entre ésta y su inicial revocación (año y medio), desde la resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de junio de 1995 y el inicio documentado del proceso de reinserción (casi dos años después) y desde la resolución inicial declarando la imposibilidad de ejecución (Auto de 19 de marzo de 1997), la revocación de esta resolución (Auto de 18 de septiembre de 1998), el ulterior Auto del Juzgado 11 de enero de 1999 y su revocación por el ahora recurrido. Tales hechos, junto con otras circunstancias concurrentes, han provocado, según aduce el Ministerio público, un cierto deterioro psicológico de la menor (el Fiscal señala que así está recogido en autos), por lo que considera que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cita las SSTEDH de 8 de julio de 1987, caso *H. contra Reino Unido*, y de 18 de febrero de 199, caso *Laino contra Italia*), ello

podría determinar la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, del derecho a la intimidad familiar e incluso del propio derecho fundamental que se invoca en el recurso de amparo que interpone (el derecho a la integridad moral de la menor). No obstante señala también que tales cuestiones no son las que se suscitan ante este Tribunal, sino que constituyen un presupuesto que ha determinado la situación concreta que consiste, no sólo en la negativa rotunda de la menor a regresar con sus padres adoptivos, sino en una serie de informes que ponen de manifiesto los riesgos que para su salud mental supondría el reinicio de un proceso de reinserción en la familia adoptiva (el intento anterior fracasó, en parte, por actos y omisiones de la Administración y, en parte, por la actitud de los padres adoptivos que se han negado a un proceso de progresiva integración).

En el plano estrictamente jurídico la situación que se presenta es también muy compleja, pues existe una primera resolución administrativa que declaró el desamparo de la menor. Esta resolución fue anulada por el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla de 28 de junio de 1994, Auto que fue confirmado por otro de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de abril de 1995. La Delegación Provincial de la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía en Sevilla, en virtud de lo acordado por el Auto del Juez de Familia de 19 de marzo de 1997, declaró, el 5 de mayo de 1997, el desamparo de la menor, negando a los padres adoptivos el derecho de visita, resolución que, a juicio del Ministerio público, debería considerarse re-

vocada por el Auto de la Audiencia Provincial de 18 de septiembre de 1998, al acordar esta resolución judicial que vuelva a iniciarse el proceso de reinserción en la familia.

Según alega el Fiscal las anteriores consideraciones resultan imprescindibles, pues para poder apreciar si se ha producido la vulneración constitucional alegada debe efectuarse una ponderación entre el derecho fundamental que se invoca (la integridad moral de la menor) y el derecho a la intimidad familiar de ésta y sus padres, ya que, a su juicio, es de este último derecho fundamental del que se derivaría el derecho al reagrupamiento familiar.

El Ministerio público considera que el Auto impugnado vulnera el derecho a la integridad moral de la menor, pues entiende que, para que pueda apreciarse la vulneración de dicho derecho fundamental, no es necesario, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, que la lesión se haya producido a través de tortura o de tratos inhumanos o degradantes. Por otra parte sostiene que, para que se entienda vulnerado este derecho fundamental, basta con que se haya puesto en peligro la integridad moral de la menor, pues estima que es suficiente la creación del riesgo para que pueda apreciarse esta vulneración constitucional. El Fiscal señala que en la jurisprudencia constitucional existen ya referencias al riesgo, aun cuando dichas alusiones se hayan efectuado en supuestos en los que lo que se alegaba era la vulneración del derecho a la integridad corporal; y, por otra parte, pone de manifiesto que en este caso se da la circunstancia de que nos encontramos ante una menor de edad que ha padecido ya determinados trastornos psicológicos como consecuencia de las incidencias ocurridas en su vida privada. Además cita la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, en la que en el art. 9.1 y, en especial, en el art. 19.1 se alude a la idea de protección y, en consecuencia, a la de pre-

vención. Señala asimismo que la idea de prevención está también presente en la regulación que sobre los menores contiene el Código Civil, citando en concreto el art. 158, apartados 2 y 3.

Una vez hechas las anteriores alegaciones expone el Ministerio público las razones que le llevan a entender que el Auto recurrido, al poner en peligro la integridad moral del menor, vulnera el art. 15 de la CE. A su juicio esta vulneración se ha producido porque la Audiencia Provincial fundamenta su decisión de ejecutar el Auto de 28 de junio de 1994 en que tal decisión no se ha llevado a efecto por los incumplimientos en los que incurrió la Administración, y no toma en consideración ni, por consiguiente, valora, una serie de hechos ocurridos con posterioridad a 1998 que pudieran ser relevantes para resolver la cuestión sometida a su enjuiciamiento: la comparecencia de la menor ante el Juzgado de Paz de Benamaurel; su ulterior exploración en el Juzgado de Primera Instancia; la emisión de nuevos informes periciales; y las circunstancias en las que se desarrolla el nuevo acogimiento. Tales consideraciones, unidas a la circunstancia de que, en su opinión, existe el riesgo de que la menor pueda padecer nuevos deterioros psicológicos si se practica el procedimiento acordado, llevan al Fiscal a entender que en este supuesto se ha producido la vulneración constitucional denunciada.

Por otra parte señala el Ministerio público que, junto al derecho de la menor a su integridad moral, existe también el derecho fundamental de los padres adoptivos a la intimidad familiar, del que derivaría el derecho de los padres a reanudar sus lazos de convivencia con la menor. No obstante considera que en este caso debe primar el derecho de la menor a su integridad moral frente al derecho de sus padres adoptivos a la vida privada familiar.

Por otrosí solicita que se acuerde la suspensión del Auto recurrido.

2. Fundamentación jurídica del recurso interpuesto por los acogedores del menor.

La Sra. P.A. y el Sr. M.A., que interpusieron el recurso de amparo registrado con el núm. 1089-2000, invocan en su demanda que a la menor se le han vulnerado sus derechos fundamentales al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE), al juez imparcial (art. 24.2 de la CE), a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 de la CE) y a la integridad moral (art. 15 de la CE).

Sostienen los recurrentes que la vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley es imputable tanto a la Sección Segunda como a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, ya que la apelación se turnó inicialmente a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, la cual, dados los antecedentes existentes (esta Sección fue la que resolvió los recursos de apelación que se interpusieron contra otros Autos del Juzgado de Primera Instancia dictados con ocasión del procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado como consecuencia de la declaración de desamparo de la menor adoptada en 1993), la remitió a la Sección Sexta. Según sostienen los demandantes de amparo, la existencia de los antecedentes no constituía un motivo suficiente para que el recurso no hubiera sido resuelto por la Sección a la que por turno de reparto correspondía, ya que las cuestiones sobre las que tuvo que pronunciarse la Audiencia Provincial en relación con el expediente de desamparo iniciado en 1993 no son las mismas que las que se le planteaban en el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 11 de enero de 1999, al existir unas circunstancias diferentes.

Aducen también la vulneración del derecho al juez imparcial. Los recurrentes sostienen que el Auto impugnado vulnera la imparcialidad tanto en su vertiente objetiva como subjetiva. La vulneración de la impar-

cialidad objetiva la fundamentan en que, al haber resuelto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial los recursos de apelación que se interpusieron contra las decisiones del Juez de familia adoptadas en el procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado como consecuencia de la declaración de desamparo de la menor, el conocimiento de tales recursos conlleva que este órgano judicial tuviera ya un prejuicio sobre la cuestión objeto del proceso; prejuicio que, en su opinión, le inhabilita para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el Auto impugnado. Por otra parte aducen también, tal y como se ha señalado, que el órgano judicial ha perdido también la imparcialidad subjetiva, pues no de otra manera “se pueden explicar un lenguaje tan desabrido (*sic*) en una resolución judicial”, y sostienen que de las afirmaciones contenidas en el Auto impugnado parece que se desprende que el órgano judicial estima que existe una “conspiración” de las partes con el fin de desafiar su autoridad.

Junto a las referidas infracciones se alega también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Los recurrentes sostienen que la Audiencia Provincial adoptó todas las decisiones referentes a la menor sin haberla oído, a pesar de que tenía más de doce años y de que a esta edad la Ley exige a los órganos judiciales dar audiencia a los menores cuando tengan que resolver sobre alguna cuestión que afecte a su situación familiar. En su opinión esta falta de audiencia ha ocasionado indefensión a la menor y, en consecuencia, ha vulnerado el derecho fundamental que garantiza el art. 24.1 de la CE.

Finalmente alegan que, como consecuencia de las tres infracciones del art. 24 de la CE en las que, a su juicio, ha incurrido la Audiencia Provincial, se ha vulnerado también el derecho a la integridad moral de la menor, ya que, según consta en el informe emitido por el perito psicólogo que obra en autos, el retorno de la menor con su familia adoptiva conlleva un alto riesgo para su sa-

lud psíquica, riesgo que en el caso de que se ejecutara el Auto impugnado podría convertirse en un daño cierto. Aducen también que para poder apreciar la lesión es suficiente con que exista un riesgo de que se produzca una vulneración de este derecho fundamental, pues si fuera necesario que existiera un daño cierto la lesión causada podría no ser reparable.

3. Alegaciones de la Letrada de la Junta de Andalucía.

Que está completamente de acuerdo con el Fiscal en la consideración de que la puesta en peligro de la integridad moral equivale a la propia lesión del derecho fundamental, y por ello entiende que la protección que ofrece la Constitución ha de incluir, no sólo una vertiente negativa, sino también una positiva de protección ante el riesgo jurídicamente relevante. Por ello sostiene que la Audiencia Provincial, al entender que sólo cabe la protección de los derechos fundamentales en los casos en los que el peligro se haya convertido en daño efectivo, ha efectuado una interpretación de los derechos fundamentales que no resulta conforme a la Constitución.

Por otra parte señala que la Audiencia Provincial de Sevilla, partiendo de que los padres legales apelantes son los que ostentan la patria potestad, evita plantearse la posibilidad de cualquier tipo de vulneración de los derechos fundamentales de los hijos menores si media conflicto con los derechos fundamentales de sus progenitores, pues (según entiende la Letrada de la Junta de Andalucía) el órgano judicial considera que, en estos casos, no puede existir conflicto que no sea reconducible a la institución de la patria potestad. La Letrada de la Junta de Andalucía, por el contrario, mantiene que en el presente caso debió darse prioridad al superior interés de la menor, ya que, a su juicio, ni siquiera existe conflicto entre los derechos fundamentales de los padres y los de la menor, dado que el derecho de aquéllos a

la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a la ejecución de resoluciones judiciales firmes, que es el derecho que el órgano judicial parece tomar en consideración, no puede entenderse vulnerado en este caso por la falta de ejecución de las resoluciones judiciales, pues tales resoluciones recayeron en un procedimiento de jurisdicción voluntaria y (según sostiene la Letrada de la Junta de Andalucía), las resoluciones recaídas en tales procedimientos no tienen efecto de cosa juzgada material.

Asimismo se aduce que la Audiencia Provincial, al sostener que si la ejecución se lleva a cabo de la forma acordada no constituye ningún peligro para la salud de la menor, “desprecia *ab initio* la posible existencia de derechos fundamentales necesitados de protección” de ésta, pues la afirmación de la Audiencia se realiza sin el soporte de ningún informe psicológico que confirme tal aseveración, y se fundamenta, por una parte, en la firmeza del Auto de 18 de septiembre de 1998, y, por otra, en que cualquier quebranto de la integridad psíquica que se postule lo será en mera hipótesis o en ejecuciones distintas de la acordada. En opinión de la Letrada de la Junta de Andalucía tales razonamientos no son acertados, ya que existen nuevas circunstancias que no pudieron ser tomadas en consideración por el Auto anteriormente dictado, pues la menor había cumplido doce años de edad, edad en la que el Código Civil reconoce a los menores derecho de opinión y veto sobre diversos aspectos atinentes a su personalidad y, además, por primera vez en su vida, estaba manteniendo una vida familiar estable y digna. Adicionalmente advierte que el órgano judicial desprecia el carácter científico de los informes emitidos por los técnicos en la materia, en particular los efectuados por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado, sin que su tesis se encuentre avalada por dictámenes periciales. Señala, además, que la Audiencia Provincial construye su razonamiento sobre la no causación de daños psíquicos partiendo de la consideración de que

los daños a los cuales se refiere la psicóloga de la Administración de Justicia son meramente hipotéticos, razonamiento que, en su opinión, no puede fundamentar la falta de lesión del derecho a la integridad alegado, pues considera que, para que este derecho fundamental se entienda vulnerado, no es necesario que el daño llegue a consumarse.

Por todo ello considera que el órgano judicial, al denegar el auxilio solicitado a la menor, ha impedido que el derecho a la integridad psíquica y moral de ésta sea real y efectivamente tutelado, y por este motivo entiende que debería otorgarse el amparo que se solicita.

Sostiene también la Letrada de la Junta de Andalucía que el Auto impugnado ha vulnerado el art. 24 de la CE. En su opinión la referida resolución judicial lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva de la menor al haber negado de forma arbitraria el valor científico de la prueba practicada por el equipo psicosocial, ya que efectuó el referido juicio sin contar con prueba en contrario y aplicando criterios psicológicos y pedagógicos que, según manifiesta esta parte procesal, carecían de base científica, pues se fundamentan únicamente en el criterio del juzgador. Se alega, además, que tal forma de proceder ha colocado a la menor en una situación de indefensión, dado que “los razonamientos científicos utilizados por el Juzgador de la Audiencia Provincial en virtud de los cuales llega a la conclusión de que no se va a producir el daño psíquico aducido” carecen de “una adecuada motivación y fundamentación”.

La Junta de Andalucía alega también que el Auto de la Audiencia Provincial recurrido en amparo vulnera el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, en relación con los artículos 10 y 14 de la CE, ya que niega todo valor a las manifestaciones efectuadas por la menor, que ya tiene doce años, por entender que carecía de madurez intelectual. Tal forma de proceder, en opinión de esta parte procesal, causa indefensión a la menor, tanto en su vertiente objetiva, pues elude sus manifestaciones

acudiendo a razones de mera legalidad ordinaria relativas a las facultades de la patria potestad en relación con la corta edad de la menor, como en su dimensión subjetiva, pues el órgano judicial resolvió el conflicto entre los intereses de la menor y los de sus padres dando preferencia a la legislación ordinaria (en concreto, la relativa a la patria potestad) frente a la legislación orgánica protectora de los derechos de los menores y, además, constituye una discriminación por razón de su edad, al ser ésta la única razón que aduce el órgano judicial para negar toda relevancia a la declaración efectuada por la menor.

Por último la Letrada de la Junta de Andalucía alega que el Auto recurrido en amparo vulnera el derecho a la integridad moral (art. 15 de la CE) de la menor, en relación con los arts. 10 y 39 de la CE. A su juicio en este supuesto el derecho de la menor a una familia determinada se enmarca en su derecho fundamental a la integridad moral, ya que, de acuerdo con los antecedentes del caso, el no alcanzar ese objetivo vital puede ocasionar un grave detrimento en su salud psíquica, pues, según aduce la Letrada de la Junta de Andalucía, los múltiples informes de los psicólogos y de los asistentes sociales, así como los deseos expresados de la menor, ponen de manifiesto que lo que exige su interés superior es que continúe viviendo con la familia de acogida.

Las consideraciones expuestas llevan a la Letrada de la Junta de Andalucía a solicitar que se otorgue el amparo solicitado y que se anule la resolución judicial recurrida.

4. Incidente relativo a la legitimación de los guardadores de hecho.

El Fiscal, en su escrito de alegaciones, señala que el recurso de amparo núm. 1089-2000, acumulado al 1044-2000, interpuesto por la Sra. P.A. y el Sr. M.A., debería inadmitirse al carecer los recurrentes de legitimación. A su juicio, al ostentar los recurrentes del referido recurso de amparo la guarda de la menor en virtud de un acogimiento simple y de carácter temporal, care-

cen de la representación legal de la menor. No obstante advierte también que no ignora que el art. 162.1.b) de la Constitución atribuye legitimación activa a “toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo”, y aun cuando el art. 46.1 de la LOTC establezca que están legitimados para interponer el recurso de amparo los que han sido parte en el proceso judicial correspondiente, tal previsión legal no puede entenderse como una restricción del sentido de la norma constitucional; por ello considera que podría entenderse que los acogedores, en el ejercicio de las funciones tuitivas de la menor, tienen legitimación activa, aun cuando no sean sus tutores ni ostenten su representación legal. Sin embargo considera que en este supuesto debería apreciarse la falta de legitimación activa de los recurrentes como consecuencia de su propia actitud, ya que después de haberse formalizado el acogimiento de la menor se dictaron diversas resoluciones judiciales sobre la situación familiar de la menor sin que los ahora recurrentes en amparo, en ejercicio de sus funciones tuitivas, intentaran su personación en los procedimientos judiciales en las que las referidas resoluciones se dictaron. Por todo ello estima que en este supuesto no se cumple el requisito por el que se exige haber sido parte en el proceso judicial previo, no por una decisión arbitraria de los órganos judiciales sino por una determinación libremente adoptada por ellos, lo que le lleva a solicitar, como ya se ha adelantado, la inadmisión del recurso de amparo núm. 1089-2000 por este motivo.

Aduce también que, al no haberse personado los recurrentes en la vía judicial previa, tres de las vulneraciones constitucionales alegadas (aquéllas por las que se aducen las vulneraciones del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, del derecho al juez imparcial y del derecho a la tutela judicial efectiva) deberían inadmitirse al no haberse invocado en la vía judicial previa.

Antes de entrar a analizar las vulneraciones de los derechos fundamentales que se

alegan en estos recursos de amparo, el Tribunal Constitucional examina si el interpuesto por la Sra. P.A. y el Sr. M.A. incurre en la causa de inadmisibilidad aducida por el Ministerio público. Como se ha indicado al exponer los antecedentes, el Fiscal considera que los indicados recurrentes carecen de legitimación para demandar el amparo que interesan. En su opinión esta falta de legitimación no viene determinada porque no ostenten más que la guarda de la menor en virtud de un acogimiento simple de carácter temporal (la conclusión de que tal es la condición de los recurrentes la fundamenta en la existencia de un “acta de formalización de acogimiento familiar” de 19 de marzo de 1998), sino por no haber sido parte en el proceso judicial, a pesar de que, según su opinión, hubieran podido serlo. En efecto, considera que, aun cuando no sean tutores ni representantes legales de la menor, el ejercicio de las funciones tuitivas sobre ésta que les corresponde podría conllevar el reconocerles legitimación para defender sus intereses.

Sostiene el Ministerio público que, al haberse constituido el acogimiento con anterioridad a que el Juzgado de Primera Instancia, tras efectuar la exploración de la menor y llevar a cabo determinadas pruebas, dictara el Auto de 11 de enero de 1999 (Auto que fue recurrido en apelación y anulado por el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla ahora impugnado), y no haberse intentado por doña María P.A. y don Manuel M.A. su personación hasta que se dictó la resolución ahora impugnada, no puede considerarse cumplido el requisito de haber sido parte en el proceso judicial que establece el art. 46.1.a) de la LOTC, motivo por el cual considera que el recurso de amparo núm. 1089-2000 debe inadmitirse, al carecer los recurrentes de legitimación.

También señala el Fiscal que, en el caso de que no se apreciara la causa de inadmisibilidad alegada, las quejas por las que se aduce las diversas vulneraciones del art. 24 de la CE deberían inadmitirse por falta de

invocación ante los órganos judiciales. A su juicio, si los demandantes de amparo se hubieran personado en tiempo y forma, habrían podido recurrir la decisión por la que la Sección Segunda remitía el conocimiento del recurso de apelación a la Sección Sexta; en su caso, haber recusado a los Magistrados que componían esta Sala; y, desde luego, haber solicitado que la menor fuese oída por la Audiencia Provincial.

El art. 46.1 de la LOTC establece que están legitimados para interponer el recurso de amparo “quienes hayan sido parte en el proceso judicial”. Ahora bien, como hemos señalado en otras ocasiones, de ello no cabe deducir que el requisito de haber sido parte en el proceso judicial constituya en todo caso un elemento indispensable o necesario para poder acudir en amparo ante este Tribunal, ya que tal exigencia legal debe ser interpretada de acuerdo con lo previsto en el art. 162.1.b) de la CE, que establece la legitimación para interponer un recurso de amparo de quienes invoquen un interés legítimo, por lo que la prescripción de la LOTC no puede ser entendida como una regla limitativa de lo dispuesto en el precepto constitucional. De ahí que hayamos sostenido que el requisito de haber sido parte en el proceso judicial previo, ni es siempre inexcusable, ni tampoco es siempre suficiente (por todas STC 84/2000, de 27 de marzo, FJ 1), ya que para estar legitimado a efectos de interponer un recurso de amparo lo que resulta inexcusable es, en todo caso, la invocación de un interés legítimo; la concurrencia del factor legitimatorio derivado de haber sido parte en el proceso judicial previo supone una exigencia en principio general que, sin embargo, decae en aquellos supuestos en los que el recurrente no pudo ser parte en ese proceso judicial o en los casos en los que su personación en el proceso no hubiera sido precisa para la salvaguarda de sus derechos o intereses.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que este Tribunal ha interpretado de forma muy amplia y flexible la noción de interés

legítimo a efectos de reconocer legitimación para recurrir en amparo, pues ha considerado que tiene este interés “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” (AATC 1193/1988, de 24 de octubre, FJ único; 58/2000, de 28 de febrero, FJ 2; STC 84/2000, de 27 de marzo). De ahí que hayamos considerado que tienen un interés legítimo para recurrir en amparo, no sólo los titulares del derecho fundamental que se considera vulnerado, sino también todos aquellos a quienes la supuesta lesión del derecho fundamental invocado les haya podido ocasionar un perjuicio, ya que en tales casos los recurrentes se encuentran, respecto de los derechos fundamentales invocados, en una situación jurídico-material que les confiere el interés legítimo que exige el art. 162.1.b) de la CE para estar legitimados a efectos de interponer el recurso de amparo (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 2; 12/1994, de 17 de enero; 174/2002, de 9 de octubre, FJ 4).

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso determina que, por las circunstancias concurrentes en él, debamos considerar legitimados a los guardadores de hecho para recurrir en amparo una resolución judicial que consideran lesiva de los derechos fundamentales de la menor que tienen a su cargo. El interés superior del menor, que, como recuerda la STC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 6, constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos en este ámbito (art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y arts. 2 y 11.2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor) impide que pueda negarse legitimación a quienes, ostentando la condición de guardadores de hecho de la menor, y que anteriormente habían sido sus acogedores en virtud de un acogimiento familiar de ca-

rácter provisional, impugnan ante este Tribunal decisiones de los poderes públicos que pueden ser lesivos de los derechos fundamentales de la menor que tienen bajo su guarda, pues, con independencia de que dichos intereses se encuentren defendidos por el Ministerio Fiscal, no por ello debe excluirse en todo caso la posibilidad de que también puedan ejercer tal defensa quienes tienen a su cargo a un menor como consecuencia de habérseles atribuido la guarda del mismo. En concreto, en este supuesto, al haber sido los actuales guardadores de hecho de la menor quienes antes fueron sus acogedores en virtud del acogimiento familiar de carácter provisional constituido el 19 de marzo de 1998 (acogimiento familiar que conlleva la plena participación del menor en la vida de familia e impone a los acogedores las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo y educarlo —art. 173 del CC—), debe reconocerse que se han creado unos vínculos entre los guardadores y la menor que determinan que aquéllos tengan un interés legítimo en recurrir en amparo en defensa de los derechos fundamentales de la menor que en este momento tienen bajo su guarda y que anteriormente tuvieron en acogida.

La cuestión que ahora debemos abordar es si la Sra. P.A. y el Sr. M.A., a pesar de tener un interés legítimo para recurrir en amparo la resolución judicial que consideran lesiva de los derechos fundamentales de la menor que tienen a su cargo, al no haber sido parte en el proceso judicial en el que se dictó la referida resolución y no cumplir, por tanto, el requisito procesal que establece el art. 46.1 de la LOTC tienen legitimación para recurrir en amparo. Debe señalarse, en primer lugar, que los demandantes de amparo, aun cuando se hubieran personado antes de que recayera el Auto ahora recurrido, no hubieran podido adquirir la condición de parte, ya que la Audiencia denegó

la pretensión formulada a tal propósito por ellos al entender que no podían ostentar la referida condición al encontrarse los intereses de la menor defendidos por el Fiscal y la Junta de Andalucía (Auto de 11 de febrero de 2000; resolución que fue recurrida en súplica y confirmada por Auto de 12 de abril de 2000). En todo caso, la aplicación de la doctrina anteriormente expuesta determina que en el caso sometido a nuestro enjuiciamiento no resulte exigible, a efectos de considerar legitimados a los referidos demandantes para recurrir en amparo, el haber sido parte en el proceso judicial precedente, ya que los intereses de la menor se encontraban debidamente defendidos (conforme indicó, según se ha ya señalado, la Audiencia) en él por el Ministerio público y por la Junta de Andalucía, por lo cual, aun cuando los ahora recurrentes no intentaran la personación en el referido proceso hasta que recayó la resolución judicial ahora impugnada (personación que se solicitó con el fin de que la Sala suspendiera dicha resolución hasta que este Tribunal se pronunciara respecto de la admisión del recurso de amparo y sobre la petición de suspensión deducida por otrosí) no por ello puede considerarse que se desentendieran de la defensa de los derechos e intereses de la menor que tenían a su cargo.

Tal conclusión conlleva, a su vez, que no pueda prosperar la inadmisión de las quejas por las que se aducen diversas vulneraciones de los derechos consagrados en el art. 24 de la CE que, subsidiariamente, propone el Ministerio público, pues, al haber considerado que, por las circunstancias del caso, en este supuesto no resulta exigible para estar legitimado a efectos de recurrir en amparo el haber sido parte en el proceso judicial, es evidente que tampoco puede exigirse cumplir el requisito de la invocación del derecho fundamental vulnerado tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiera habi-

do lugar para ello que establece el art. 44.1.c) de la LOTC.

5. Análisis de las cuestiones de fondo planteadas en los recursos de amparo.

Una vez descartadas las causas de inadmisibilidad alegadas por el Fiscal en relación con el recurso de amparo núm. 1089-2000 debemos examinar si concurren las infracciones de los derechos fundamentales que se invocan en los presentes recursos de amparo. Como se ha señalado en los antecedentes, el Ministerio público fundamenta su recurso de amparo en que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la integridad moral de la menor (art. 15 de la CE) en relación con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE). Y una de las vulneraciones constitucionales que se aduce en el recurso de amparo interpuesto por los guardadores de hecho de la menor es la del derecho a la integridad moral de ésta.

La cuestión que debemos examinar es si la Audiencia Provincial, al revocar el Auto del Juez de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla por el que se acordó atribuir la guarda de la menor a la Junta de Andalucía para que la llevara a cabo manteniendo la situación de guarda de hecho en la que se encontraba la menor, y ordenar que se procediera a dar cumplimiento al Auto de 18 de septiembre de 1998, lo que conllevaba reiniciar el proceso de reinserción de la menor con su familia adoptiva, ha adoptado una decisión que justificase debidamente la ausencia de peligro para la integridad moral de la menor.

Para analizar esta cuestión debe tenerse en cuenta que, como ya se ha indicado, el Juez de Primera Instancia adoptó su decisión como consecuencia de haber comparecido la menor ante el propio órgano judicial y haber puesto de manifiesto que no quería volver con su familia adoptiva al sentir miedo y aversión hacia ella, lo que motivó que el Juez, tras solicitar al equipo psicosocial

adscrito al Juzgado que emitiera un informe sobre las consecuencias que para la menor podría suponer abandonar a la familia a cuya guarda de hecho estaba confiada y volver con sus padres adoptivos, en virtud de lo dispuesto en el art. 158.3 del Código Civil citara a las partes a una comparecencia a efectos de adoptar las medidas cautelares que fueran necesarias con el fin de apartarla de un potencial peligro, y dictara un Auto en el que, al considerar que el retorno de la menor con su familia adoptiva podía ocasionarle graves daños psíquicos (consideración que fundamentó, no sólo en lo manifestado por la menor, sino en la existencia de un informe pericial emitido por un psicólogo en el que se ponía de manifiesto el alto riesgo que para la salud psíquica de la menor suponía el volver con su familia adoptiva), acordó, como ya se ha señalado, atribuir la guarda de la menor a la Junta de Andalucía, así como que ello se llevara a cabo manteniendo la situación de guarda de hecho en la que se encontraba la menor.

La Audiencia Provincial revocó esta resolución al estimar que no concurrían las nuevas circunstancias en las que el Juez había fundamentado su decisión, y considerar que existía ya una resolución judicial firme que había anulado el acto administrativo por el que la Junta de Andalucía declaró en desamparo a la menor, lo que ponía de manifiesto que no se habían producido malos tratos de la menor ni un comportamiento anómalo respecto de ésta por parte de su madre adoptiva; tampoco consideró la Audiencia que pudiera entenderse circunstancia nueva el que la menor deseara ser oída, pues se le había dado audiencia en otras ocasiones; ni que se encontrara bien con la familia acogedora, pues también se había encontrado bien con las anteriores familias a las que “se concedió el acogimiento” [sic]. Señaló igualmente que no constituye una circunstancia nueva la oposición que manifiesta la menor a volver con sus padres adoptivos, circunstancia que también fue tomada en consideración por el Auto dictado anteriormente y

que, en todo caso, no siempre el interés del menor coincide con sus deseos. Sí apreció, en cambio, la Audiencia una clara voluntad incumplidora del Juez de Primera de Instancia respecto de la ejecución del Auto en el que se acordaba que se llevara a cabo el proceso de reinserción de la menor con su familia adoptiva (razonamiento jurídico segundo), y señaló además que si ese Auto se consideraba contrario a la integridad psíquica de la menor debió haberse recurrido, por lo que la firmeza de esta resolución indica que no perjudicaba la salud psíquica de la niña. Por otra parte la Audiencia Provincial expone las razones por las que discrepa del informe realizado por el psicólogo (entre otras cosas niega su carácter científico), lo que le lleva a concluir que si la reinserción se llevaba a cabo del modo acordado en el Auto que el Juez ha dejado sin ejecutar no existiría un grave riesgo para la salud psíquica de la menor. En todo caso pone de manifiesto que, si una vez iniciada la ejecución del Auto como considera que debió hacerse (ingresando a la menor en la comunidad infantil de la Diputación de Sevilla en Bollullos de la Mitación y comenzando el proceso de preparación psicológico y pedagógico de los padres y el psicológico de la menor, así como el régimen de visitas o incluso de breves estancias en el hogar de Bormujos), la evaluación fuese negativa, entonces sí que podría hablarse de nuevas circunstancias sobreenvenidas que requerirían un nuevo pronunciamiento judicial.

Al realizar el enjuiciamiento que nos corresponde hemos de partir de la observación básica de que no entra en la esfera de nuestras competencias el pronunciarnos sobre el extremo de si la reinserción de la menor con su familia adoptiva 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) de la 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). De ahí que nuestra función deba limitarse únicamente a verificar si la decisión de la Audiencia Provincial de revocar el Auto que dictó el Juzgado de Primera Instancia como consecuencia de la petición de auxilio formulada con el fin de evitar el posible daño psíquico que podía ocasionar a la menor el retorno con su familia adoptiva se ha justificado debidamente en orden a salvaguardar la integridad moral de aquélla.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que para poder apreciar la vulneración del art. 15 de la CE aducida 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 (en este sentido SSTC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 1; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; 5/2002, de 14 de enero, FJ 4). En el supuesto que ahora se examina es claro que el riesgo aducido debe considerarse un riesgo relevante, pues fue la apreciación de dicho riesgo (fundada, no sólo en la valoración que el órgano judicial efectuó de las declaraciones de la menor, en las que ponía de manifiesto su miedo a padecer daños y la aversión que le producía el volver con su familia adoptiva, sino también en la existencia de un informe efectuado por un perito psicólogo) lo que llevó al Juez de Primera Instancia a dictar el Auto por el cual, con el fin de evitar el daño que el retorno de la menor con su familia adoptiva podía ocasionarle, atribuyó su guarda a la Junta de Andalucía y estableció expresamente que se efectuara manteniendo la situación de guarda de hecho en la que en ese momento se encontraba la menor.

Por ello la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución por los padres adoptivos de la menor, no podía dejar de valorar el riesgo que para la salud psíquica de ésta conllevaba en aquel momento el cumplimiento de la resolución judicial por la que se ordenaba iniciar el proceso de reinserción

con su familia adoptiva. Como hemos sostenido en la STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, cuando un órgano judicial adopta una decisión que puede afectar a derechos fundamentales o libertades públicas de una persona no basta con que adopte dicha decisión de forma razonada y motivada, sino que es preciso que identifique adecuadamente el contenido del derecho o libertad que puede verse afectado por dicha resolución y, una vez examinadas las circunstancias concurrentes en el caso y la interpretación de los preceptos aplicables conforme a los criterios existentes al respecto, adopte la decisión que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado; decisión, además, que, como se afirma en la STC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3, al referirse a una pretendida lesión de un derecho fundamental, debe expresar el juicio de ponderación entre los derechos y valores puestos en juego en cada caso para así hacer “efectiva la exigencia de proporcionalidad” (STC 123/1997, de 1 de julio, FJ 3).

En el presente caso la Audiencia Provincial revocó la decisión que adoptó el Juez de Primera Instancia con el fin de evitar daños psicológicos a la menor sin valorar el riesgo apreciado por el Juez, pues negó la existencia de nuevas circunstancias acaecidas con posterioridad a su resolución anterior, no por considerar que no se había producido el cambio de circunstancias invocadas, sino por entender que dichas circunstancias ya habían sido valoradas en otro Auto dictado anteriormente por ella que el Juez se niega a ejecutar. Frente a este planteamiento hemos de observar que, precisamente, el Juez de Primera Instancia fundamenta la adopción de las nuevas medidas que acuerda en la circunstancia de que la menor se encontraba ante una nueva etapa de su existencia que no había sido tenida en consideración con anterioridad (razonamiento jurídico quinto del Auto del Juez de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla de 11 de enero de 1999), señalando expresamente que la nueva resolución judicial no tenía como objeto volver a exami-

nar y analizar cuestiones ya resueltas sobre la existencia o inexistencia de una pretérita causa de desamparo, ni tampoco revisar si la actuación de los servicios sociales de la Junta de Andalucía fue la más idónea o adecuada, ni tampoco trataba de suspender la eficacia de lo ya resuelto con carácter firme por la Audiencia Provincial de Sevilla, sino que, simplemente, pretendía tomar en cuenta la situación en la que en ese momento se encontraba la menor y, de acuerdo con lo previsto en el art. 158.3 del Código Civil, adoptar las medidas *ex novo* que fueran necesarias para apartarla de un peligro y evitarle perjuicios.

Resulta, por tanto, que la Audiencia Provincial rechaza la existencia de un peligro actual fundando su decisión en que ese peligro no existió en el pasado, sin ni siquiera entrar a verificar si en el momento en que se pronuncia se ha producido una situación de riesgo para la salud psíquica de la menor. Tal forma de razonar supone incurrir en una quiebra lógica, ya que no resulta coherente afirmar que no se ha producido el cambio de circunstancias respecto de una situación anterior alegando que en el pasado ya se examinaron dichas circunstancias, pues, precisamente, lo que se solicita del órgano judicial es que compruebe si en el momento en el que ha de pronunciarse, y con independencia de lo que hubiera podido resolver en el pasado, se ha producido un cambio de circunstancias que determine que el retorno de la menor con su familia adoptiva pueda ocasionarle daños psicológicos.

Debemos apreciar, en consecuencia, que tal forma de razonar de la Audiencia Provincial vulnera el derecho que consagra el art. 24.1 de la CE, pues, como ha quedado expuesto en el fundamento jurídico anterior, *la fundamentación del Auto impugnado no puede considerarse respetuosa de las exigencias constitucionales de motivación, por la insuficiencia de la argumentación que la sustenta, carente del rigor lógico reclamable a una resolución judicial, máxime estando en juego la salvaguarda del derecho fun-*

damental de la menor a la integridad moral (art. 15 de la CE), circunstancia que la hace lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de la CE (por todas STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4).

A estas consideraciones debe añadirse que, 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.

El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado por el Ministerio público así como, parcialmente, el solicitado por la Sra. P.A. y el Sr. M.A. y, en consecuencia: 1.^º Declara que se ha vulnerado el derecho de la menor María Ángeles M. R. a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE) en los términos indicados en los fundamentos jurídicos 4, 5 y 7. Y 2.^º Anula el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 3 de febrero de 2000, recaído en el rollo de apelación 1500/1999.

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

1. *Validez de la citación efectuada al procurador del demandado personado en autos a los efectos de someterse a la prueba biológica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de febrero de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Eva, que actúa en su carácter de representante legal de su hija menor de edad Andrea, presentó demanda de menor cuantía contra D. Fernando, sobre reclamación de filiación no matrimonial, solicitando se dicte sentencia por la que: A) Se declare, con carácter constitutivo, que la niña Andrea, nacida en Castellón de la Plana, el día 4 de junio de 1993, es hija del demandado D. Fernando, con cuantos derechos se deriven de tal filiación. B) Se ordene la inscripción de la filiación declarada en el Registro Civil del nacimiento de dicha menor. C) Se condene al demandado a prestar alimentos a su expresada hija, en cuantía a determinar en ejecución de sentencia, manteniendo hasta su cuantificación la que establezca el Juzgador en concepto de alimentos provisionales.
- D. Fernando contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia "...absolviendo a mi representado de las pretensiones en su contra formuladas, y todo ello con expresa imposición de costas en cualquiera de los casos a la actora".

- El Juzgado de 1.^a Instancia número 18 de Valencia dictó sentencia en el 18 de diciembre de 1995 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 7.^a de la AP de Valencia dictó sentencia el 1 de julio de 1996 desestimando el recurso.
- D. Fernando interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Los motivos de impugnación esgrimidos por el demandado se centran en la valoración de la negativa a la práctica de la prueba biológica, alegando que para que la negativa a someterse a las pruebas biológicas en orden a la investigación de la paternidad adquiera la relevancia que en la sentencia impugnada se le concede, no solo ha de ser seria, injustificada y manifestada personalmente por el interesado, sino que además es preciso que este haya sido advertido previa y expresamente de las consecuencias de su oposición a la práctica de dichas pruebas. Alega que en el caso que nos ocupa, los intentos de citación personal para las pruebas hematológicas no se realizaron en su domicilio personal, por lo que dicha citación se entendió con su Procurador, y que, en definitiva, no consta en los autos acto alguno del demandado que exprese su voluntad contraria al sometimiento de aquellas.

El motivo ha de ser desestimado por el Tribunal Supremo, de una parte, porque según establece el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (añadido tras la reforma operada por Ley 10/1992, de 30 de abril) las citaciones de los que siendo parte en el proceso estuvieren representados por Procurador, se harán por medio de éste. En segundo término, porque como a mayor abundamiento hace constar el Tribunal de instancia, se llevaron a cabo además hasta cuatro intentos de citación personal del demandado, el cual se hizo ilocalizable, tanto en el que como su domicilio figura en el poder notarial aportado al pro-

ceso, como en otros puntos de residencia ocasional o de desarrollo de su actividad, en los que ya el encargado del establecimiento del que es gerente, ya su propio hermano, se negaron a hacerse cargo de la documentación pertinente.

Ciertamente el hecho de que un acto de comunicación (y, muy especialmente, el de emplazamiento, que no es el del supuesto que nos ocupa) se entienda personalmente con el destinatario del mismo elimina toda posibilidad de indefensión del interesado y, por ello, debe considerarse preferente a cualquiera de las otras posibilidades que ofrece la Ley Procesal. Pero, una vez que quien sea o deba ser parte en el juicio se halla debidamente personado y representado por Procurador, a quien voluntariamente ha designado a tal fin, dado que la relación entre el órgano judicial y la parte se simplifica extraordinariamente, ordena la ley que todos los actos de comunicación se realicen a dicho profesional, teniendo las actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante (artículo 6 de la LEC de 1881, en relación con el artículo 271, antes mencionado).

Finalmente ha de recordarse que es doctrina consolidada que aún en los casos en que fuera imprescindible el emplazamiento personal, cuando el interesado lo haga imposible, por su actitud negligente o fraudulenta, si constare suficientemente que ha tenido debido conocimiento de la comunicación que el Tribunal había reiteradamente tratado de hacerle llegar, ha de considerarse

eliminada toda posibilidad de indefensión debiendo prescindirse de realizar nuevos intentos de notificación al mismo.

De cuanto queda expuesto se desprende que el ahora recurrente tuvo debido conocimiento a través de su Procurador de la decisión del Juzgado de que se llevasen a cabo las pruebas hematológicas solicitadas por la parte demandante, así como a las fechas en que a tal efecto debía comparecer en el Centro sanitario correspondiente, sin que el he-

cho de haber conseguido frustrar hasta en cuatro ocasiones la citación directa y personal intentada por el Juzgado le permita argumentar con alguna posibilidad de éxito que no existe constancia de su oposición a la práctica de la prueba mencionada, como irreprochablemente ha entendido la Audiencia Provincial que asimismo descartó con todo acierto la posibilidad de acordar que la prueba hematológica se llevase a cabo en segunda instancia, como diligencia para mejor proveer.

2. *Legitimidad del progenitor no matrimonial sin posesión de estado para reclamar la filiación, habiendo quedado por lo demás debidamente acreditada con el contundente resultado de la prueba practicada que acreditaría sin duda alguna la paternidad del demandante, reconocida incluso por la demandada en varias cartas manuscritas y unidas a los autos por más que luego se negara reiteradamente a colaborar en la práctica de la prueba biológica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de marzo de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Julián Interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Goizalde solicitando se dictara sentencia por la que se declarase la filiación extramatrimonial del menor Egoitz respecto del demandante con expresa imposición de costas a la demandada.
- D.ª Goizalde se opuso a la demanda solicitando su desestimación.
- Fallecido el actor, fue sucedido procesalmente por su madre D.ª Josefa.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Baracaldo dictó sentencia el 20 de septiembre de 1995 estimando la demanda y declarando la filiación del menor Egoitz respecto del demandante debiendo procederse una vez firme esta resolución a la inscripción de la filiación determinada en el Registro Civil correspondiente, con cancelación o nulidad de toda inscripción contradictoria y difiriendo al período de ejecución de esta resolución la deter-

minación, previa petición de parte, del régimen de visita y comunicación de la abuela paterna con dicho menor.

- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Vizcaya dictó sentencia el 22 de julio de 1996 desestimando el recurso.
- D.^a Goizalde interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso se centra en la falta de legitimación del actor para reclamar la filiación al carecer de la posesión de estado. La sentencia de instancia, con base en una interpretación flexible del art. 133 en relación con el 134, ambos del CC, y en el contundente resultado de la prueba practicada que acreditaría sin duda alguna la paternidad del demandante, reconocida incluso por la demandada en varias cartas manuscritas y unidas a los autos por más que luego se negara reiteradamente a colaborar en la práctica de la prueba biológica, desestima dicha excepción.

En relación con este tema, señala el Tribunal Supremo, existe ya doctrina constante y reiterada de esta Sala que, pese a la literalidad del párrafo primero del art. 133 CC, reconoce al padre biológico legitimación para reclamar la filiación no matrimonial aunque falte la posesión de estado.

Así, la sentencia de 24 de junio de 1996 (recurso 3379/1992), anterior en unos días a la recurrida en casación, declaró lo siguiente: “Sin embargo, la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del artículo 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aun en casos en que no haya “posesión de estado” el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contrapuesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada. En efecto, la sentencia del Tribunal Su-

premo de 8 de julio de 1991, refiriéndose a ambas versiones mantiene que parece ser que esa interpretación literal por el juego de los artículos 134 y 133 demuestran que el 133 es una excepción que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente, corresponderá al hijo durante toda su vida; mas frente a esa versión literalista, puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general al no especificar nada en contrario, del artículo 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejercite la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiendo cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este artículo 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al artículo 133; que de consiguiente, si por el juego de este artículo 134 en relación con el 113.2.^o, el ejercicio de la acción de reclamación conlleva necesariamente a reajustar la filiación contradictoria, en la idea de que si se reclama una de esta clase que pugne con la preexistente, es preciso, asimismo, impugnar esta otra, cabe entender que el ejercicio de dicha acción de reclama-

ción implícitamente supone también el ejercicio de la acción concurrente de impugnación de la filiación que se pretende, y que por lo tanto, por esa flexibilidad, es predicable la legitimación del progenitor de reclamación de filiación no matrimonial en mor del artículo 134, tesis por lo demás ya sustentada entre otras en Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero y 23 de febrero de 1990 que decía: “La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 del Código Civil, ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, ya que el propio artículo 134 permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión esta tan elocuente, que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o el progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo así en la tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 134, deviniendo avalada por el principio de verdad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica. Esta tesis de la legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala en su sentencia de 5 de noviembre de 1987, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la Constitución Española; conforme a esos postulados, resulta evidente la legitimación del padre biológico, que le niega la sentencia de instancia. Por tales razones debe estimarse que está legitimado quien funda su acción en su condición de progenitor para reclamar la paternidad y, en consecuencia, ha de acogerse el motivo”.

En los años posteriores tal interpretación se ha mantenido sin fisuras y en la actualidad puede citarse como ejemplo especial-

mente representativo de la jurisprudencia al respecto la sentencia de 20 de junio de 2000 (recurso n.º 2392/1998) cuando en su fundamento jurídico primero declara lo siguiente: “La jurisprudencia más reciente de esta Sala, consolidó el reajuste interpretativo de los artículos 131, 133 y 134 que ya habían iniciado las sentencias de 5 de noviembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 19 de enero y 23 de febrero de 1990 y 8 de julio de 1991 para llegar a la doctrina contenida en las últimas sentencias de 24 de junio 1996, 30 de marzo de 1998 y 19 de mayo de 1998, que establecen y reconocen la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, al superarse la literalidad del artículo 133 del Código Civil que atribuye solo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 del Código Civil legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación de padre biológico y que le es negado en la sentencia recurrida.

La verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional (art. 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud.

La ocultación de tal situación resulta casi siempre perjudicial por el daño que se le puede ocasionar al menor, al imponerle una vida de encubrimiento y mentiras que a la

larga suele cobrar su tributo siempre negativo y sin perjuicio de que, como dice la sentencia de 18 de diciembre de 1999, el hijo menor pueda impugnar la paternidad declarada cuando alcance la mayoría de edad, lo que le autoriza los artículos 137 y 140 del Código Civil”.

De examinar el recurso con arreglo a dicha jurisprudencia no puede resultar más que la desestimación de todos y cada uno de sus motivos, ya que la sentencia recurrida, lejos de infringir las normas o la jurisprudencia que en cada uno se citan, se ajusta plenamente a la interpretación de aquéllas según la jurisprudencia de esta Sala.

No ha infringido el párrafo primero del art. 133 CC en relación con el art. 39.2 de la Constitución, ni desde luego la jurisprudencia (motivo primero), porque de lo razonado anteriormente se desprende que dicho precepto constitucional es precisamente uno de los más importantes fundamentos de la doctrina consolidada de esta Sala; tampoco se

infringe el art. 134 CC en relación con el párrafo primero de su art. 133 (motivo segundo) porque asimismo se desprende de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior que la relación entre ambos preceptos constituye otro de los fundamentos de la jurisprudencia de esta Sala para reconocer legitimación al progenitor biológico para reclamar la paternidad extramatrimonial pese a faltar la posesión de estado; y tampoco se infringen los apartados 2, 1 y 4 del artículo 39 de la Constitución ni el artículo 24 de la misma (motivos tercero y cuarto, numerado “quinto” en el recurso), porque igualmente resulta de la jurisprudencia de esta Sala que como más beneficioso para el menor se considera la determinación de su paternidad, máxime cuando en este caso resulta que el demandante inicial falleció después de interpuesta la demanda y no se derivarían ya para el menor los perjuicios que de la personalidad conflictiva de aquél se predicaban en el recurso.

3. *Aunque la prueba de ADN practicada no puede considerarse fiable al existir impurezas y otras circunstancias debidas a la putrefacción del cadáver del presunto padre, de los hechos resultan actos contundentes como la existencia de relaciones de noviazgo, el reconocimiento de la paternidad tiempo atrás en documento privado y la entrega de diversas sumas de dinero a favor de la madre por desistir del procedimiento y repudiar la herencia del recurrido, por lo que debe reconocerse sobre la base de la prueba de presunciones la relación parental que une a la hija-recurrente con su padre ya fallecido.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 1 de abril de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María de los Ángeles promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra los desconocidos herederos de D. Salvador, contra su viuda,

Dña. Desamparados y contra el Ministerio Fiscal sobre reclamación de filiación no matrimonial en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: “Declarar la paternidad de D. Salvador respecto de Dña. M.^a de los Angeles, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha resolución. Con todos los pronunciamientos pertinentes y favorables en los distintos órdenes en que deba surtir efecto. Ordenando, consecuentemente, su inscripción en el Registro Civil correspondiente, tras su firmeza”.

- Admitida a trámite la demanda y comparecido D. Rafael, esposo de Dña. Úrsula hija del fallecido, D. Salvador, en representación como padre y administrador judicial de su hija y heredera, Dña. Úrsula, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación. D.^a Desamparados igualmente contestó a la demanda solicitando su desestimación.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 16 de Valencia, dictó sentencia el 20 de junio de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 7.^a de la AP de Valencia dictó sentencia el 31 de julio de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D.^a María Teresa.
- D.^a María Teresa interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que declaró la paternidad reclamada.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Antes de resolver los concretos motivos del recurso de casación, es preciso señalar los hechos acreditados y probados en la instancia —sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Valencia en su fundamento jurídico tercero y ratificados expresamente por la sentencia de apelación en su fundamento jurídico primero— y que vienen reconducidos así:

1.º) Doña Rita, madre de la actora mantuvo relaciones de noviazgo con Don Salvador, pero sin que apareciera acreditada con exactitud la fecha en que tuvieron lugar tales relaciones.

2.º) Doña Rita M. interpuso en el año 1932 querrela por estupro contra Don Salvador, incoándose por tal motivo sumario por

el Juzgado de Instrucción del Mar con el n.º 536 de 1932.

3.º) La recurrente nació en Valencia el 23 de abril de 1932, siendo inscrito su nacimiento en el Registro Civil de Valencia hija de Doña Rita, que falleció el 25 de mayo de 1991, a los 82 años.

4.º) El 4 de diciembre de 1933 otorgó Doña Rita acta notarial de perdón ante el Notario de Valencia, D. Miguel G.G. (n.º 1282 de su protocolo) en donde se dice: “Que sigue acción de querrela por estupro por la cual se formó y tramitó el sumario 536 de 1932 del Juzgado de Instrucción del Mar que se encuentra en la Secretaría de Sala del Sr. Miguel —y siendo delito privado y teniendo decidido otorgar el perdón al procesado, D. Salvador lo otorga en este docu-

mento público, a todos los efectos procedente en derecho”.

5.º) El mismo día, 4 de diciembre de 1933 y ante el mismo fedatario, en acta notarial n.º 1283 de su protocolo, recoge “que por sus relaciones amorosas con Don Salvador... y hechos acaecidos ante los mismos, no se estima perjudicada la dicente y en su virtud, libre y espontáneamente. Otorga: Que renuncia a toda acción contra dicho Don Salvador, tanto por la existencia de la niña que la compareciente dio a luz el 23 de abril de 1932... como por cualquier otro motivo o concepto, relevándole al Sr. exponente nulo y sin efecto alguno el documento privado que en 27 de junio de 1932 suscribió D. Salvador y que obra fotocopiado al folio 42 e inserto en el testimonio del folio 90 del sumario n.º 536 de dicho año del Juzgado de Instrucción del distrito del Mar”.

6.º) El documento privado aportado como documento adjunto a la demanda y en donde puede leerse con dificultad: “Reconociendo que abusé y violé a la fuerza a la señorita, Rita hace tres años... me comprometo por el presente documento... y reconociendo como hija mía la niña que he ... hace tres meses que también reconozco ha sido el fruto de relaciones sexuales con la citada Rita en el Cabanal a veintisiete de junio de mil novecientos treinta y dos (constando las palabras “y dos” en grafía más pequeña y junta y dando la impresión de añadido o enmienda) siendo las dos horas quince minutos ante los testigos (se indican nombres y domicilios).

7.º) Dicha fotografía no fue reconocida por D. Salvador en su confesión —en autos 356/1991 seguidos ante el Juzgado de primera Instancia n.º 10 de Valencia.

8.º) Las cartas aportadas con la demanda, una del 14 de mayo de 1975 —documento 15 al folio 35— de 28 de julio de 1976 —folio 76— y de 24 de agosto de 1976, van dirigidas a la actora: “Querida Ángeles” y concluyen “con recuerdos y afecto” o “hasta siempre” y aunque nada aportan en cuanto a la paternidad y no dejan

traslucir una relación padre e hija revelan un afecto y una relación de confianza.

9.º) Constan asimismo diversas entregas de dinero de cien mil pesetas en 7 de marzo de 1989 y 23 de junio de 1989, de doscientas mil pesetas, en 25 de octubre de dicho año, ochenta mil pesetas en 10 de enero de 1990, ciento ochenta mil pesetas en 8 de febrero de 1990 e igualmente el 10 de mayo de 1990, ochenta mil pesetas el 26 de junio de tal año. Hay fotocopias de cheques al portador de tales cantidades firmados por Don Salvador. Continúan a partir de 1 de agosto de 1990, 180.000 pesetas 23 de agosto, 100.000 pesetas, 5 de septiembre, 80.000 pts., 1 de octubre, 80.000 pts., 2 de noviembre, 190.000 pts. y 30 de enero de 1991, 190.000 pts., apareciendo extendidos los talones al portador por José, que es el sobrino al que Don Salvador le instituyera en su último testamento en el tercio de su herencia.

10.º) Asimismo, consta un plan de renta mensual a favor de la recurrente de 19 de septiembre de 1986 y siendo la entidad depositaria la Caja Postal por un importe de cinco millones de pesetas, pero sin que figure quién lo constituyó y asimismo dos depósitos efectuados a favor de la citada por un importe cada uno de ellos de un millón de pesetas, sin que consten más datos.

11.º) La hoy demandante y recurrente, doña María de los Ángeles, en marzo de 1991, interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de reconocimiento de la paternidad contra don Salvador, autos 355/1991 del Juzgado de primera Instancia n.º 10 de Valencia.

12.º) Durante la sustanciación de dicho proceso falleció don Salvador, en concreto, el 16 de julio de 1991, a los 87 años de edad, prosiguiendo el juicio planteado contra su viuda, doña Desamparados, como representante de la herencia yacente.

13.º) En dichos autos se practicó la prueba de confesión, antes del fallecimiento de don Salvador, en el propio domicilio de éste, en presencia de su Letrado y de su sobrino, don José y negó la paternidad, afir-

mando que en la fecha de la concepción hacía mucho tiempo que había roto las relaciones.

14.º) Con referencia al juicio de menor cuantía 355/1991 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Valencia, doña María de los Angeles y su esposo, don Fausto, de una parte, y de otra, doña Desamparados, asistidos de sus respectivos Letrados, firmaron el 20 de noviembre de 1991, un documento privado, en que figuran las siguientes estipulaciones: “Primera.—Las comparecientes a través de sus respectivos Letrados y procuradores, y suscribiendo personalmente el correspondiente escrito, presentarán en el día de hoy escrito renunciando a la continuación de ambos procedimientos judiciales (n.º 356/1991 y 1155/1991), solicitando el pago de las costas por mitad entre las partes. Segunda.—Como consecuencia de la renuncia anterior de la actora y su aceptación por la demandada, ... doña M.ª de los Ángeles, en el supuesto de que el Juzgado n.º 10, en el ‘procedimiento n.º 356/1991 dictara sentencia desestimatoria de su petición, hace renuncia a su derecho de apelación, consintiendo que la misma adquiera el carácter de firmeza, y en el supuesto de que la sentencia fuera estimatoria, hace también renuncia expresa a los derechos que se deriven de la misma. Tercera.—Para llevar a efecto cuanto antecede, ... doña M.ª de los Ángeles formalizará las siguientes escrituras: a) Renunciando pura y simplemente a los derechos que posiblemente le pudieran corresponder en la herencia de don Salvador. b) Recibiendo la suma de veinte millones de pesetas como liquidación de deuda. Cuarta.—Que realmente los veinte millones de pesetas percibidos por D.ª M.ª de los Ángeles, lo son juntamente con los cuarenta y cinco millones de pesetas que en este mismo acto recibe en efectivo metálico por la renuncia a los derechos que le pudieran corresponder en la herencia de Don Salvador, por cuyas cantidades otorga eficaz carta de pago”.

15.º) Con la misma fecha, 20 de noviembre de 1991 y ante el notario de Valen-

cia, don Francisco E.S., doña M.ª de los Ángeles otorgó Escritura, n.º de Protocolo 2540 (obrante en autos a los folios 729 a 732), “repudiando, pura y simplemente, la herencia causada por don Salvador, fallecido el 16 de julio de 1991, cualquiera que sea el título de su llamamiento, legal o testamentario”. Igualmente, el día 20 de noviembre de 1991, ante el notario de Valencia, don Francisco E.S., doña M.ª Ángeles y su esposo D. Fausto otorgaron Escritura, n.º de protocolo 2541 (obrante en autos a los folios 733 a 736), en la que exponen que: “En el día de hoy han recibido de Dña. Desamparados la cantidad de veinte millones de pesetas que ésta última les adeudaba”; y por ello dan carta de pago por la indicada suma, “no quedando pendiente de reclamarse entre los comparecientes cosa o cantidad alguna”.

16.º) Como consecuencia de cuanto antecede en los referidos autos de menor cuantía 356/1991 del Juzgado n.º 10 de Valencia, el 27 de noviembre de 1991 se dictó auto teniendo a la actora por desistida de la prosecución del procedimiento.

17.º) Con fecha 9 de julio de 1993 presentó demanda doña María de los Ángeles solicitando una “sentencia declarando la paternidad de D. Salvador respecto de D.ª María de los Angeles, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha resolución, con todos los pronunciamientos pertinentes y favorables en los distintos órdenes en que deben surtir efectos. Ordenando, consecuentemente, su inscripción en el Registro Civil correspondiente, tras su firmeza”.

18.º) Propuesto por la actora el informe pericial como medio de prueba, emitido por Don Luis y acordado para mejor proveer, resulta que sólo se detectó el DQa. 1.2/2, pero ni se detectó DS 180, Humfes, Humthoi Humaro, ni VS17T. y ya el Dr. F. expuso en su escrito de 5 de enero de 1995 (folio 861, carta dirigida a la Ilma. Sra. Magistrada-Juez) que “las impurezas y otras circunstancias debidas a la putrefacción, impidió obtener el suficiente DNA para llegar a resultados fiables”. En la comparecencia celebrada el 3 de marzo de 1995 (folio 934) ex-

puso el perito que como se observa en el informe, de los cinco lugares donde se detecta el DNA, no se detectó el DNA y añade a preguntas de SS.³ que “trabajando con otros huesos y obteniendo mayor cantidad de DNA el índice de probabilidad puede variar ya aumentando, ya disminuyendo”.

19.^o) Finalmente, en el acta del Informe pericial —folio 951— se pregunta al perito, si el alelo DQ-alfa, único que se detecta en D. Salvador, es corriente y vulgar entre las personas, a lo que el Sr. F. manifiesta que es el alelo más frecuente con una frecuencia de 0,324, a continuación es más frecuente el 2, con frecuencia 0,17, y el tercero, con una frecuencia de 0,167 y así coincide utilizando otras tablas como la del FBI. Finalmente, al preguntarse al perito por qué se detecta resultados en el DQ alfa y no en Humfes y Huntol, que son más sensibles, manifiesta que depende de los reactivos utilizados.

El primer motivo del recurso, con unas larguísimas disquisiciones sobre las pruebas de ADN y en aproximación a los intereses de su parte de las conclusiones del dictamen, se reconduce a la petición de dicha parte, argumentando la práctica de una nueva prueba pericial según las técnicas de DNA en complemento a la ya realizada por el Dr. F., teniendo en cuenta que dicha prueba no pudo ser terminada por falta de tiempo, como por la imposibilidad técnica de obtención del necesario nivel del DNA en los restos óseos obtenidos. Tal petición fue denegada por entenderse que no podía reconducirse la nueva pericial a lo dispuesto en el art. 862.2.^o LEC. Estimó la Audiencia que la prueba pericial no puede estimarse incompleta, lo que niega la recurrente.

El motivo no es acogido por el Tribunal Supremo. Tiene declarado la doctrina jurisprudencial que para poder acordar el recibimiento de prueba en segunda instancia, es preciso que la recurrente hubiera intentado la subsanación del vicio *in procedendo* en el momento adecuado. La hoy recurrente en casación no impugnó la providencia dictada por la Sala *a quo* el 14 de noviembre de

1995, con lo cual, como señala el propio Ministerio Fiscal en su informe, no puede decirse que se haya vulnerado el art. 24 del Texto Fundamental.

En cuanto a la vulneración del n.º 2.º del art. 862 de la LEC, se refiere a un supuesto en que en primera instancia se solicitó la práctica de una diligencia de prueba y que, declarada pertinente, no pudo practicarse en todo o en parte por causas no imputables a la solicitante. Aquí el perito, Sr. F., fue designado por la hoy recurrente, y dicho perito acudió personalmente a la inhumación del cadáver de D. Salvador y determinó los huesos y el número que eran necesarios para su pericia y que han quedado consignados en un total de once y que él consideró suficientes para su investigación. Debiendo consignarse, además, que dispuso de plazos, no sólo extraordinarios, sino notoriamente exagerados, cuando consta en autos al folio 890 un escrito remitido por el Director del Instituto de Medicina Legal de Santiago de Compostela el plazo en un supuesto como el presente es de quince días y el máximo de un mes. La exhumación se produjo el 7 de septiembre de 1994 y al no haber recibido dicho perito el reactivo “Chelex” hasta el 14 de diciembre de 1994, no entró el informe en el Juzgado el 3 de marzo de 1995. Del propio informe pericial, como de la carta obrante al folio 861 consta que el peritaje, como trabajo no resultó incompleto. La reiteración de la prueba con más huesos daría lugar a una situación semejante y volvería a encontrarse sin detectar DS 180, Humfes, Humthoi, Humara y US17T y con impurezas y otras características propias de la putrefacción. No ha existido indefensión, sino la carencia de virtualidad en la prueba practicada no en cuanto favorecedora para la parte proponente, sino en su trascendencia procesal.

Si sólo se ha detectado el DQa y se utilizaran más reactivos y si los huesos no estuviesen en putrefacción, las posibilidades pudieran ser otras en cuanto a la pluralidad de datos. No ha existido indefensión y ningún reparo se puso a la pericia, ni al dictamen

emitido. Fue después, ante la sentencia desfavorable de primer grado cuando pretendió en la apelación nueva prueba complementaria. Finalmente, la sentencia citada en el motivo, de 2 de junio de 1993, de esta Sala, no puede aceptarse, porque se refiere a una prueba pericial que no se practicó, pese a haber sido admitida por la Sala de apelación, supuesto totalmente diferente al del motivo que debe ser desestimado en razón a lo ya expuesto.

En otro motivo del recurso imputa el recurrente a la sentencia de apelación de una falta de deducción o nexo lógico en su motivación, en concreto la falta de motivación sobre las razones conducentes a la declaración de los hechos probados y con referencia al fundamento tercero en donde se elimina por completo el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, entre los hechos demostrados y lo que se trata de deducir. Dice así el motivo: “Establece la referida sentencia, el estar ante pruebas meramente indiciarias, lo que no puede admitirse bajo ningún concepto. Primero, por cuanto ha pasado por alto hechos demostrados y reconocidos que permiten concluir la evidente paternidad de D. Salvador respecto de la hoy recurrente. Y segundo, porque llega a unas motivaciones absurdas, arbitrarias o de absoluta falta de racionalidad, dicho sea con los debidos respetos, de la exposición argumentativa. Baste a la Sala leerse detenidamente el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de apelación recurrida, en donde se censura y ataca directamente a esta parte recurrente de pretender desmontar la valoración de las pruebas expuestas por la juzgadora *a quo* en su sentencia, y queriendo sustituirla por su unilateral apreciación; intentando obtener conclusiones de paternidad cierta, valorándolos en su conjunto, de lo que fueran simplemente “indicios”, o “conjeturas indicativas” tan sólo, de una relación íntima habida entre D. Salvador y D.^a Rita (madre de la demandante), pero en tiempo muy anterior a la concepción (julio-agosto 1931), y anterior, lógicamente al de esa gestación que concluyera con el

nacimiento de D.^a M.^a de los Ángeles, el 23 de abril de 1932”. La Sala de apelación llega a tales motivaciones con base en la confesión de D. Salvador, quien niega que fruto de sus relaciones fuese el nacimiento de la hoy recurrente, pero téngase en cuenta que lo niega sobre la base de que hacía mucho tiempo que habían roto las relaciones, y que de ello no se colige, y ni tan siquiera puede inducirse, que las tales relaciones no las hubiera habido antes de romper y que se hubiera quedado embarazada antes de tal rompimiento —si es que ello se produjo—, incluso, horas, días o semanas antes de tal supuesto hecho. Además, la parte demandada reconoce que no existía error ni dolo ni violencia ni falsedad en las actas notariales y, por ende, tampoco quedaba efecto a tales vicios el documento privado suscrito por D. Salvador, de fecha en 27 de julio de 1932, donde se reconoce que la recurrente fue fruto de sus relaciones con D.^a Rita (madre de la recurrente). A mayor abundamiento, la querella por estupro se interpone en el año 1932, año del nacimiento de la recurrente, donde en su final se otorgan las tantas veces citadas actas de perdón. También se argumenta que la llamada “encerrona”, ni el “obligado a firmar todo lo que le presentaron”, son datos suficientes por sí mismos, ni hechos objetivos bastantes como para obtener *ex art.* 1253 las conclusiones que se pretenden.

El motivo debe ser acogido por las razones que se pasan a señalar. Existe un complejo de hechos probados, una acreditación de determinados datos fácticos, que se han recogido sustancialmente en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de primer grado jurisdiccional y que se ratifican expresamente en el fundamento jurídico primero de la sentencia de apelación, y que esta Sala por su trascendencia ha reproducido sustancialmente en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, al que este Tribunal se remite en todo momento.

El artículo 1253 del Código Civil, derogado como otros referentes a la prueba por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuicia-

miento Civil (B.O.E. de 8 de enero), pero que no lo estaba en el tiempo de la formulación del recurso y que aparece en el nuevo texto en su art. 386.1 en formulación semejante, disponía: “Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, 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”. Pone el acento dicho precepto en el nexo o relación de inferencia entre el hecho base y el hecho consecuencia, debiendo destacarse al respecto, como ya se recogió en la sentencia de esta Sala de 28 de junio de 2000 que, por razón de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, en cuanto al hecho base y en cuanto a la conclusión, como señaló la sentencia de 4 de julio de 1996 y repitió la de 22 de diciembre de 1997, rememorando ambas a las precedentes de 11 de junio de 1984 y 23 de febrero de 1987, que si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que religa el hecho base con el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano se exige que dicha deducción sea unívoca, pues de serlo, no estaríamos en presencia de una genuina y verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia* y lo que se ofrece a la censura y control casacional es la sumisión a la lógica de la operación deductiva y tan sólo si no resulta razonable la deducción puede ser impugnada en esta vía extraordinaria —sentencia de 25 de mayo de 1996— y siendo ello tan sólo posible cuando se funde en un razonamiento absurdo, ilógico e inverosímil —sentencias de 1 de febrero de 1961, 3 de octubre de 1979, 24 de mayo de 1980, 23 de febrero de 1987 y 14 de noviembre de 1997, entre otras—.

Dicho medio de prueba se basa en tres datos: la afirmación base, que está constituida por el hecho demostrado y probado; la afirmación presumida, que es el hecho que se trata de deducir y el nexo entre ambas afirmaciones, que está constituido por las reglas del criterio humano, de las de la sana

crítica de las utilizadas para la valoración y apreciación de otros medios de prueba, como ha señalado la sentencia de este Tribunal de 4 de mayo de 1998. Pese a constituir el núcleo de esta clase de prueba una apreciación personal del Juez o Sala de instancia, se ha establecido en las sentencias de este Tribunal de casación —*ad exemplum* de 3 de mayo de 1983, 18 de marzo y 16 de septiembre de 1988 y 14 de noviembre de 1997— la posibilidad de impugnación casacional. En todo caso, cuando la presunción formada por la Sala a quo se apoye en un razonamiento absurdo, ilógico o inverosímil, debe declararse comprobada la afirmación presentada —sentencias de 1 de febrero de 1961, 3 de octubre de 1979, 24 de mayo de 1980, 23 de febrero de 1987 y 14 de noviembre de 1997, entre otras—.

Sin salirse de los datos fácticos, hechos probados en la instancia, figuran elementos tan importantes como el que la madre de la actora y recurrente mantuvo relaciones de noviazgo con D. Salvador y que determinó que en el año 1932 interpusiera contra el mismo querrela por estupro, lo que originó el sumario 536/1932. La actora nació el 23 de abril de 1932 y el 4 de diciembre de dicho año otorgó la querellante perdón por el estupro y renunció a toda acción contra el mismo y estima como nulo un documento privado suscrito por Don Salvador el 27 de junio de 1932, que aparecía unido al sumario en el que reconocía que abusó y violó a la fuerza a doña Rita y asimismo reconocía por hija a la hoy recurrente. Años más tarde (1975 y 1976) figuran unas cartas de don Salvador a la demandante, que expresan una estrecha relación de afecto, lo que se completa con una entrega de sumas de dinero desde el 7 de marzo de 1989, primero a través de cheques o talones firmados por el propio don Salvador y después por don José que sería instituido en un tercio de la herencia en el último testamento de don Salvador. Consta asimismo un plan de renta a favor de la actora. Más tarde, y tras la interposición del juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Valencia, re-

cibe unas muy importantes sumas de dinero por desistir del procedimiento y realiza una repudiación pura y simple de la herencia de don Salvador, fallecido poco antes.

Tal complejo de hechos tan variados proclama a gritos una relación parental, que no puede desconocerse y que se corrobora con las técnicas dilatorias de la prueba biológica acordada en los autos 356/1991, teniendo que dictar la juzgadora unos proveídos al efecto.

Las sentencias de instancia se apoyan no sólo en un examen valorativo de los datos fácticos, poniendo el acento en cuanto a las cantidades recibidas por la actora, que no obstante ser elevadas, 1.820.000 pesetas y siete millones de depósitos son insignificantes en relación con la herencia, pero son sumas notoriamente elevadas y con pagos reiterados y periódicos que no encuentran su razón, ni en la caridad o beneficencia y más en una relación prolongada y con antecedentes en el pasado y que luego por desistir de un pleito se perciben cantidades cuantiosas y si bien la renuncia a la herencia es la condición impuesta, a más del desistimiento del pleito, motiva que ahora la actora carez-

ca de interés crematístico alguno en este nuevo proceso, pues renunció a la herencia de don Salvador ante Notario y le alcanzan los efectos de los artículos 988, 990, 992, 997, 1008 y 1009 del Código Civil.

Las sentencias de instancia se apoyan también para la desestimación de la demanda en el informe pericial emitido por el Dr. F., pero del propio informe, como consta expresado en el ordinal segundo de esta resolución, se detecta la falta de virtualidad probatoria a juicio del mismo perito informante. Sólo se ha detectado el DQa y no el DS180, Humfes, Humth 01, Humara y US17T, los huesos estaban en mal estado, no puede darse valor al resultado de la prueba, ni como excluyente, ni como parcialmente favorable a la paternidad, sin que por ello sea aplicable el porcentaje del predicado de Hummel en que se basa la *ratio decidendi* de la recurrida. Se trata de prueba no fiable y ante la ausencia de la virtual prueba de ADN, los hechos del proceso señalan un complejo probatorio convergente que proclama la paternidad, y el motivo debe ser acogido con los efectos que se señalarán después.

4. *Desestimación de la demanda de reclamación de paternidad a pesar de no haberse podido practicar la prueba biológica que fue admitida en su momento, ya que las causas de su no práctica se han debido a la falta de localización de las personas implicadas, no pudiendo por ello entenderse una voluntad renuente por los demandados a su práctica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 25 de abril de 2002.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Ángel interpuso demanda de menor cuantía contra D. Nicasio, Doña María, en su nombre y en el de las menores Yolanda y M.^a Ángeles, en la que

solicitaba que se dictase sentencia por la que se declare que las menores Yolanda y M.^a Ángeles son hijas no matrimoniales de Don Ángel y de Doña María, previa declaración de nulidad de la filiación de las referidas niñas respecto a Don Nicasio; y se ordene que se rectifiquen las inscripciones de nacimiento de ambas menores y se practiquen otras nuevas en las que aparezcan con su filiación verdadera y definitivamente determinada.

- Admitida a trámite la demanda, no comparecidos los demandados, pese a estar emplazados en forma, son declarados en rebeldía en fecha 11 de mayo de 1994.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Valladolid dictó sentencia el 10 de junio de 1996 estimando la excepción de falta de legitimación activa del demandante opuesta por el Ministerio Fiscal.
- En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Valladolid dictó sentencia el 15 de julio de 1997, declarando la legitimación del actor, pero desestimando la demanda.
- D. Ángel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La base fáctica del recurso está constituida por la no práctica de la prueba biológica de paternidad, propuesta por la parte recurrente y admitida por la Sala. El devenir de la prueba biológica de carácter hematológico, en el actual proceso es el siguiente:

a) Por propuesta de la parte y admisión del Juzgado de Primera Instancia, se acuerda realizar un acto analítico B-2829-94 Intox., el 1 de septiembre de 1994; que no se puede realizar por la no localización de dos menores en el centro de acogimiento señalado como situación de los mismos.

b) Como diligencia para mejor proveer, se acuerda la misma prueba con los mismos sujetos, dando el mismo resultado que en el caso anterior, y por las mismas razones.

c) Ya en la fase de apelación la Audiencia Provincial, se acuerda la práctica de dicha prueba por solicitud de la parte recurrente, y se señala la fecha del 13 de marzo de 1997 para la extracción de fluidos san-

guíneos —1403-97 Intox.—, y no se puede realizar con respecto a los mencionados menores, y con respecto al presunto padre biológico, por ilocalización de todos.

d) Asimismo, como diligencia para mejor proveer, se acuerda la misma prueba y para las mismas personas, y para su práctica el 19 de mayo de 1997, no pudiéndose efectuar por su ilocalización. Dicha falta de localización se debe, con respecto a los menores, a la no concesión del centro de acogida y, una vez acordada adopción para los mismos, la determinación del domicilio de los padres adoptantes. En cuanto al presunto padre biológico, solo se supo, sin confirmación, de su ingreso en prisión el 17 de abril de 1997.

De todo lo anterior se deduce, que si no se han podido practicar las pruebas biológicas, solicitadas y acordadas, no se ha debido a causas injustificadas, ya que al no poder haber sido citados las personas implicadas, por causas lógicas, no se puede valorar di-

cha no práctica, a una voluntad recurrente a la realización de la misma.

Y en este sentido hay que traer a colación lo manifestado por el Ministerio Fiscal, cuando en su impugnación al recurso dice “...debe reconocerse que los juzgadores mantuvieron una actitud decidida en relación a la práctica de tal prueba, acreditada con sus reiteraciones; que los estimados padres biológicos y el padre formal no han mantenido una versión constante en sus declaraciones, como destaca el *factum* de la sentencia impugnada (FD Segundo), al reconocer el interés de aquellos y las contradicciones de sus respectivas versiones así como su escasa contundencia; que el padre registral no fue llamado por el actor a la prueba biológica, como es fácil constatar del escrito inicial de proposición (F. 39) y los posteriores (F. 73, 75, 112, 6.ap) y de las mismas pruebas (F. 58 y 68), apareciendo, ello no obstante, en la que debía practicarse en 13.3.97, (F. 10 ap), ya que no consta aparece solicitud alguna de la parte para su intervención, siendo la Sala de apelación la que lo acordó (F. 19 ap) en la fase de la prueba en segunda instancia, y luego para mejor proveer (F. 41 ap)”.

En conclusión, que no se puede hablar en el presente caso, de una situación de indefensión para la parte recurrente, por la imposible realización de las pruebas hematológicas indicadas, sobre todo si se parte de la base que el derecho a la libre investigación de la paternidad no es absoluto, y que, a veces, tiene el límite en el “interés superior del niño” —artículo 9.1 de la convención sobre derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, ratificada por España el 6 de diciembre de 1990—, que no puede ser tratado como un objeto de laboratorio, sin más; sobre todo cuando en caso de mayoría de edad, en el presente caso, los hijos pueden ejercer las acciones de reconocimiento procedentes.

Y si a todo ello, y llegando más allá de lo pretendido en el actual motivo, se une el dato de la inexistencia de otros indicios que permitan avalar la tesis de la parte actora y ahora recurrente —la única base probatoria son las declaraciones de la madre de los menores, de su marido y del actor que no han mantenido una versión coherente en sus afirmaciones—, hace que en momento alguno pueda prevalecer la declaración de la paternidad pretendida.

II. RÉGIMENES ECÓNOMICO MATRIMONIALES

1. *Nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales al haberse incluido en ella un inmueble que no tiene carácter ganancial, puesto que éste fue donado por los padres del esposo a éste, y aunque él mismo se subrogó en la hipoteca que gravaba el inmueble, no es aplicable el art. 1.355 del CC habida cuenta que no es posible atribuir el carácter ganancial por capitulaciones al bien en cuestión al haberse preadquirido a título gratuito.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 26 de febrero de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Francisco contrajo matrimonio con D.^a M.^a Asunción, en 27 de noviembre de 1976.
- D. Luis y D.^a Josefa donaron a su hijo D. Francisco, en virtud de escritura autorizada ante Notario el día 10 de marzo de 1980, una vivienda sita en Valencia, subrogándose el donatario en la hipoteca que pesaba sobre la vivienda adquirida.
- En la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 31 de julio de 1991, el matrimonio de D. Francisco-D.^a M.^a Asunción pactan el régimen económico-matrimonial de separación de bienes y acuerdan declarar disuelta la sociedad de gananciales y al hacer inventario de bienes de la comunidad incluyen en el n.º 4 de orden la vivienda sita en Valencia que afirman, les pertenece por compra a D. Luis y esposa, en virtud de escritura de 10-3-1980, autorizada por el Notario.
- D. Francisco interpuso demanda de menor cuantía contra D.^a Asunción en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se declare la nulidad de las Capitulaciones Matrimoniales, la privaticidad de un bien inmueble a favor del actor y se ordene la nulidad de las inscripciones registrales practicadas en base a las Capitulaciones Matrimoniales anuladas ajustándolas a la exacta realidad.
- Admitida a trámite la demanda la representación procesal de la demandada 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 desestimando íntegramente la demanda con imposición de costas a la actora.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Valencia dictó sentencia el 31 de enero de 1994 estimando la demanda y declarando la nulidad de las capitulaciones matrimoniales de 31 de julio de 1991 y consiguientemente la nulidad de las inscripciones registrales practicadas en base a dichas capitulaciones y, se declara el carácter privativo de la vivienda sita en Valencia a favor de D. Francisco, con imposición de costas a la parte demandada.
- En grado de apelación, la Sec. 8.^a de la AP de Valencia dictó sentencia el 26 de junio de 1996 estimando el recurso y desestimando la demanda instada por D. Francisco.
- D. Francisco interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la sentencia dictada por la Primera Instancia en virtud de tales hechos acreditados, se considera según su fundamento jurídico tercero que, el demandante padeció un error al confundir la atribución del carácter ganancial de la vivienda, por cuanto que la misma era un bien privativo, habida cuenta que había sido recibido por donación de su ascendiente según escritura pública de 10-3-1980. Decisión que se revoca por la Sentencia recurrida al afirmar, en esencia, que no hubo tal error y, que por las razones que se indican, sobre todo, por la aplicación del art. 1355 CC, estuvo bien configurado el carácter ganancial de la citada donación.

En el primer motivo del recurso el recurrente denuncia la indebida aplicación del primer párrafo del art. 1355 del CC, en cuanto dispone que: “Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso...” en relación con el art. 619 y primer párrafo del art. 633 del mismo texto legal al disponer respectivamente: “Es también donación... aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado”, y “Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

Se analiza seguidamente por el Tribunal Supremo el contenido del fundamento jurídico segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial para discrepar de su decisión, sobre todo en cuanto a su razonamiento de que “la donación instrumentada a favor del demandante fue modal y onerosa, al haberse subrogado el donatario en el pago de la hipoteca que pesaba sobre la vivienda donada”; se transcribe la Escritura Pública de donación otorgada el 10 de marzo de 1980, por el causante del actor en cuya cláusula 2.^a se especifica, que se verifica una donación pura y simple, gratuita y exenta de colación en favor de su hijo... se citan una serie de Sen-

tencias de este Tribunal, sobre todo las de 15-6-1995 y 23-10-1995, por lo que, se concluye, en que la Sala de apelación ha vulnerado la doctrina referida en cuanto que, asimiló el concepto de donación modal u onerosa al de negocio jurídico que originaba la adquisición de un bien a título oneroso infringiendo gravemente el concepto de donación modal u onerosa y, se sostiene que, la sanción de art. 1355, no es aplicable al litigio en cuanto que la posibilidad de atribuir la condición de gananciales a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio por común acuerdo de los cónyuges, sólo lo es para estas adquisiciones durante el consorcio.

El motivo, señala el Tribunal Supremo, en los términos en que está planteado debe aceptarse, porque, la Sala sentenciadora en su fundamento jurídico segundo, para aplicar el art. 1355 del CC, expresa que “...la donación instrumentada a favor del demandante en la Escritura de 10 de marzo de 1980, fue modal u onerosa, al haberse subrogado el donatario en el pago de la hipoteca que pesaba sobre la vivienda donada...”, de lo cual, deriva, que esa donación modal u onerosa, debe equipararse al negocio jurídico de carácter oneroso y, por lo tanto, habilita la modificación del carácter de los bienes en base al art. 1355 párrafo 1.^o del CC, que establece la posibilidad de que, por mutuo acuerdo, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga; tesis criticable al entender la Sala *a quo* que, el negocio transmisivo del padre del actor, fue un negocio atributivo de carácter oneroso y, que por lo tanto, cabía al pacto modificativo del citado art. 1355, lo que no es de recibo, ya que, la donación aunque sea modal o por causa onerosa sigue manteniendo el criterio de que se trata de un acto de carácter gratuito, debiendo, pues, re-

producirse la Jurisprudencia citada en el Motivo, esto es, según la Sentencia de 15-6-1995: “...Existe la donación desde el momento en que aparece la transmisión de un bien gratuitamente, sin ánimo de lucro por parte del donante, y es correspondido por el ánimo de aceptarlo a título de liberalidad por el donatario, que es lo que constituye el imprescindible *animus donandi* exigido como necesario en esta clase de contratos. Cosa distinta es la motivación que haya podido inducir a donante y donatario a realizar el negocio jurídico, motivo que puede estar relacionado con la donación con cargas, llamada también donación modal, en la que se le impone al donatario la obligación de realizar algo o cumplir una contraprestación correlativa a la ventaja adquirida, y sin que por esto se pueda entender cambiada la naturaleza del negocio al que se añade esta carga...”; y, sobre todo, la doctrina sentada en Sentencia de 23-10-1995: “...no es posible excluir, en puridad técnica, de la donación tanto remuneratoria como la de causa onerosa, al ánimo de liberalidad que como elemento común priva en el concepto genérico del art. 618 CC, cuando define la donación como un acto de liberalidad, por el cual, una persona dispone gratuitamente de una cosa, en favor de otra que la acepta; y ello es así, porque el art. 619 viene también a configurar como donación las otras dos modalidades, la llamada remuneratoria y la de causa onerosa, pues en rigor, aunque una y otra no respondan prístinamente, como la donación pura, a esa transferencia de una persona a otra, cuya causa responde en exclusiva a un ánimo de favorecer con una ventaja a quien como beneficiado no le unen con el beneficiante otros lazos salvo los internos del recóndito mundo de los sentimientos o de mera afectividad, o, por razones altruistas, no hay que olvidar que asimismo en la donación llamada remuneratoria, esa causa subsumible en la preexistencia de unos méritos del predonatario por servicios prestados al luego donante, en todo caso, también se gestan en una presuposición causal anidada en la propia

intencionalidad del donante, sin transcendencia o relevancia jurídica al exterior, de tal forma que sea exigible la observancia de esa mera intencionalidad o sensación anímica con el nudo de su sujeción formal y por ello, el propio donante cuando la instituye como tal donación remuneratoria jurídicamente no está obligado a hacerlo, sino que, se reitera, puede que con tal *donatum* en el fondo está también impregnado de dicha finalidad de liberalidad o de favorecimiento; razón igualmente aplicable a las llamadas donaciones con causa onerosa, sobre todo, porque, según la propia referencia del segundo supuesto de ese art. 619, el gravamen que se impone es inferior al valor de lo donado, luego en la parte de exceso debe estar también presente ese ánimo de liberalidad en cierto modo desdibujado pero existente al fin...”.

Se subraya, pues, que en el litigio, debe entenderse se trataba de una donación onerosa o, incluso, admitiendo la eventualidad de que el donatario, el actor, se subrogase en el pago del préstamo hipotecario que pesaba sobre la finca donada y, sin que existan pruebas en contrario —se cuestiona por la primera sentencia— al hablar de donación onerosa, el importe de ese gravamen, desde luego, sería inferior al del valor del bien donado (y, por eso, para resaltar el *animus donandi*, hasta en el punto 3.º de la escritura de donación de 10-3-1980, los consortes donantes, hacen constar que se estima el valor de lo donado, deducido el gravamen a que está afecto el piso de 715.000 ptas., en 850.000 ptas.) debiendo, por ello, al ser el negocio transmisivo precedente un título gratuito, no era posible el pacto conyugal de cambiar la naturaleza del bien discutido, habida cuenta lo dispuesto en el repetido art. 1355, referido a las adquisiciones a título oneroso, mientras perdura el tracto por lo cual, habrá de concluirse en que, aparte del error irrelevante padecido por la recurrente, que el propio juzgador de primera instancia aprecia y que la Sala desmonta en citado F.J. 2.º, prevalece la tesis del Motivo, ya que,

cualquiera que sea la declaración de voluntad plasmada al respecto, la misma no podía prevalecer —se repite— al referirse a un bien preadquirido a título gratuito (pacto, pues, inviable, salvo que los propios cónyuges en méritos a su libertad contractual, y dispositiva, integrasen su contenido con una posterior adquisición ganancial mediante el reintegro a costa del caudal común de ese *donatum* inicial, lo que, obvio es, no ha acontecido en autos).

Por último, y ante la evidencia de ese proceso adquisitivo del inmueble y la no aplicación de citado art. 1355 CC, es insostenible el argumento de la Sala *a quo* de que no ha acontecido error alguno de hecho o de derecho y, no inexcusable, para enervar esa calificación pactada en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 31-7-1991 (basado en circunstancias tan endebles como que el recurrente por ser arquitecto y estar asesorado le consta la realidad de la compra y no de la donación de citado inmueble, pese a que conste la repetida escritura de donación de 10-3-1980, causante de esa incorporación al patrimonio del recurrente) porque, por lo expuesto, procede entender que lo

ocurrido fue simplemente un error material en la relación de bienes del inventario tal y como recoge el F.J. 2.º del Juzgado (que dice: “...el testigo Sr. N., Oficial de Notaría, quien intervino en la redacción de la escritura de capitulaciones matrimoniales, afirma que la vivienda de la calle C., iba en un grupo de bienes gananciales y que le aportaron los cónyuges la relación de bienes que había que adjudicar a cada esposo y que cometió un error de transcripción al reseñar el título de adquisición de dicho inmueble, haciendo constar por ‘compra’ en vez de ‘donación’ y que fue inducido a error por la relación de gananciales facilitada por los esposos...”). Por todo ello, se acoge el Motivo y, sin necesidad de examinar el resto, se considera habida cuenta lo dispuesto en el art. 1715.3 LEC extinta, correcto el razonamiento efectuado por la Sala sentenciadora de la primera Sentencia y, confirmando la misma, se estima el recurso con los demás efectos derivados, sin que a tenor del artículo 1715.2 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.

2. *Al ser la vivienda un bien privativo de la esposa y ser ella la que incumplió sus obligaciones de entregar la cosa arrendada con las debidas condiciones para su uso por los arrendatarios, responsabilidad producida, por las deficiencias advertidas en la instalación eléctrica de la vivienda arrendada y que ha causado la muerte de tres personas, no pueden repercutir las consecuencias de este ilícito a la sociedad ganancial ni al marido pues escapa de la administración ordinaria de los frutos de los bienes privativos que sí se incorporan al común consorcial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de marzo de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

ANÁLISIS DEL CASO

- Sobre las 8,30 horas del día 31 de agosto de 1992, se produjo un incendio, en el interior de la vivienda sita en la calle C., núm. ...3, pisoTal incendio, cuyo origen del foco indica se produce en el dormitorio principal, quemándose el papel de la pared, moqueta, colchón, y diverso mobiliario, provoca, en su combustión el desprendimiento de gases altamente tóxicos. En la vivienda, se hallan en ese momento, D. Ataúlfo, de 67 años, postrado en su cama, dada su invalidez total, y los pequeños Javier de 6 años y Juan, de 3 años. Los tres citados perecen por intoxicación de gases de combustión. La vivienda tenía sus accesos completamente cerrados; en concreto la puerta de la terraza estaba cerrada con un candado puesto por dentro (informe del Cuerpo de Bomberos). La póliza de suministro eléctrico de la vivienda data de 26 de septiembre de 1979. La instalación eléctrica de la vivienda siniestrada tiene bastantes deficiencias, por lo que su correcto funcionamiento ha sido defectuoso; y carecía de cualquier sistema de protección contra cortocircuitos. Constaba de una línea general con sección de 2,5 mm², y diversas derivaciones con el mismo tipo de conductor pero con sección de 0,5 mm².
- La vivienda —con una antigüedad de más de 50 años— se hallaba alquilada por su propietaria D.^a M.^a Evelia desde 1989 a D. Emérito, por precio de 23.000 ptas./mes, que éste abonaba, sin sujeción a fecha.
- D. Emérito y D.^a Rosalía, actuando en nombre propio y en beneficio de la Comunidad de Herederos de D. Francisco, D. David y D. Ataúlfo, interpusieron demanda de menor cuantía contra D.^a M.^a Evelia, D. Ángel, la Junta de Castilla y León a través del Servicio Territorial de Fomento de la Junta de Castilla y León, la Cía. Mercantil Iberdrola, S.A., y, contra el Excmo. Ayuntamiento de Zamora, a través de la persona de su Alcalde Presidente de la Corporación Local. En el suplico de la demanda solicitó que se dictase sentencia por la que se declarase: a) La responsabilidad solidaria de los demandados en la producción de los hechos descritos y su obligación de indemnizar a los herederos de las víctimas. b) Se condene a los demandados solidariamente a abonar a los actores en la representación que ostentan a percibir la indemnización correspondiente a los hechos descritos y que se cifra en 110.000.000 pesetas o la que subsidiariamente en justicia considere el Tribunal Juzgador. c) Se condene igualmente al pago de los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la demanda y al abono de las costas del presente juicio.
- Admitida a trámite la demanda la representación procesal de D.^a M.^a Evelia y D. Ángel contestó a la misma alegando la excepción perentoria de falta de personalidad en el demandado D. Ángel oponiendo a las pretensiones dedu-

cidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que, aceptando la excepción de falta de personalidad en el demandado D. Ángel, se desestime íntegramente la demanda respecto al mismo, con imposición de costas a los actores, o, subsidiariamente, se desestime íntegramente la demanda respecto a sus representados, con imposición de costas a los actores.

- Asimismo, por el Letrado de La Comunidad Autónoma de Castilla y León se presentó escrito, mediante el cual contestaba a la demanda, oponiéndose a ella con base en los hechos y fundamentos de derecho que exponía en dicho escrito, y suplicaba al Juzgado se dictara sentencia en la que se desestimaran las pretensiones de adverso, absolviendo de ellas a su representada, bien por estimar las excepciones propuestas de falta de legitimación activa de D. Emérito y defecto legal en el modo de plantear la demanda, o entrando a conocer del fondo del asunto y en ambos casos, con imposición de costas a los actores.
- Por la representación legal de Iberdrola, S.A. se presentó escrito mediante el cual contestaba a la demanda, oponiéndose a ella en base a los hechos y fundamentos de derecho que exponía y suplicaba al Juzgado dictar sentencia por la que, desestimando la demanda, se absuelva a Iberdrola, S.A. de las pretensiones de la misma, en la instancia y en el fondo, con imposición a la parte demandada de las costas del procedimiento.
- Por el Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Zamora, se presentó escrito mediante el cual contestaba a la demanda, planteando excepción de falta de competencia objetiva del Juzgado a que se dirige la demanda y de falta de reclamación previa a la vía gubernativa y suplicaba al Juzgado se dicte Auto ordenando el sobreseimiento y archivo de las pretensiones que se deducen para su mandante de conformidad con lo dispuesto en el art. 693.4 de la LEC, y para subsidiariamente dicte en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda contra el Excmo. Ayuntamiento de Zamora, con expresa condena en costas a la actora.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Zamora dictó sentencia el 1 de diciembre de 1995 estimando parcialmente la demanda y condenando a D.^a M.^a Evelia y D. Ángel a abonar solidariamente a los actores la cantidad de cuatro millones de pesetas (4.000.000 ptas.) y a D.^a Rosalía la cantidad de un millón de pesetas (1.000.000 ptas.), absolviendo al resto de los demandados de las pretensiones instadas en su contra.
- En grado de apelación, la Audiencia provincial de Zamora dictó sentencia el 9 de noviembre de 1996 desestimando el recurso interpuesto tanto por los actores como por los demandados condenados.
- D.^a M.^a Evelia y D. Ángel interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que excluyó de la condena a D. Ángel.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo del recurso se formula por infracción del art. 1.347, regla segunda del CC habida cuenta de la falta de legitimidad pasiva del marido de la dueña del piso arrendado, que no se aceptó por la instancia, pues, la Sala *a quo* según los arts. 1347.2 y 1362.3, considera que los frutos de los bienes privativos son gananciales y por el carácter ganancial de la administración ordinaria de esos bienes, lo que se censura, pues, es que los frutos sólo son gananciales cuando se han percibido y, sobre todo, que el art. 1347 CC cita las rentas de los bienes privativos como gananciales, pero no se refiere a la titularidad del derecho de que emanan esos frutos.

El segundo motivo, se formula por infracción del art. 1362, regla 3.ª CC y se aduce que conforme al art. 1362, erróneamente interpretado por la Audiencia, considera gananciales los gastos de la administración ordinaria de los bienes privativos, pero no las cargas y, que según el art. 1384 son válidos los actos de administración de los bienes privativos realizados por su titular.

Es doctrinal general aplicable al litigio que, procede subrayar:

1.º) Que, 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:

a) A través del trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges —comunidad de esfuerzos—.

b) 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 accesoriadad de los frutos derivados y su imputación a esas cargas —comunidad en el sostenimiento de la sociedad—, y, finalmente,

c) Dentro de las adquisiciones a título oneroso en el amplio juego de la subroga-

ción 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 específica del 1362.1, 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.

2.º) La Ley igualmente establece el régimen de gastos a cargo de la Sociedad de Gananciales para gestionar esos frutos, art. 1362.2, serán de cargo de la Sociedad de Gananciales los gastos que originen: “La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes”: Antes se marginaba el supuesto en el parcial 1408.4 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. 1347.3.4; 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 —afección ganancial de las ganan-

cias 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.

3) En cuanto a la responsabilidad por ilícitos del cónyuge actuante, en sede de obligación extracontractual la sociedad responde cuando el cónyuge actuante se movió dentro de su contorno de administrador normal o en beneficio de la sociedad, a excepción de que hubiese incurrido en dolo o culpa grave: art. 1366. En estos casos de culpabilidad manifiesta del cónyuge —dolo o culpa grave— que determinará la comisión por él de un acto ilícito penal —delito o falta— o civil con esa culpabilidad —cuasidelito que no sea el determinante de la responsabilidad aquiliana del 1902— las consecuencias patrimoniales por esa conducta o la responsabilidad civil derivada será de cargo exclusivo del cónyuge actuante; en este sector deben incluirse las antiguas “multa y condenas pecuniarias” del extinto 1410.2.

De la citada transcripción sobresale, en cuanto a los hechos relevantes acaecidos, esto es, que el arrendamiento de la vivienda tuvo lugar en octubre de 1989, constante ya la sociedad de gananciales, y que esa vivienda tenía carácter privativo o de la titularidad de la esposa codemandada (y, al margen de que, en efecto, quepa deslindar entre el derecho a los frutos de los bienes privativos y el momento de su incorporación a la Sociedad de Gananciales), quien la arrendó verbalmente a los actores. Que según la decisión determinante de la responsabilidad de los recurrentes, la misma, provino, porque, la vivienda u objeto del arrendamiento, cuando se concertó el mismo, no reunía las condiciones adecuadas sobre la instalación

eléctrica la cual forma parte integrante de los servicios e instalaciones a entregar con dicha vivienda —F.J. 5.^o—.

En armonía con el estudio anterior y, en respuesta de ambos Motivos, se resalta que, es indiscutible que los frutos o rentas de los bienes privativos son gananciales, y que el arrendamiento de los mismos por su titular es un acto que entra dentro de la administración ordinaria, sin que se desconozca, que al igual que aquél beneficio fructífero se incorpora al común consorcial, del mismo modo, habrá de pechar este común con las expensas o gastos que se deriven de aquellos bienes, ya que, un principio común aplicado al régimen de gananciales, es el citado “principio de comunidad en las cargas”, que *ab initio*, implica en las resultas de la responsabilidad decretada a cargo de la arrendadora a la sociedad de gananciales y por ello, a quien, como su consorte, forma parte de la misma.

Ahora bien, frente a lo anterior, prevalece, para la acogida de ambos Motivos, en su designio de eximir de responsabilidad al codemandado D. Ángel que no cabe desconocer que la causa de imputación de responsabilidad que emite la Audiencia proviene, porque, la esposa arrendadora incumplió sus obligaciones de entregar la cosa arrendada con las debidas condiciones para su uso, según impone el art. 1544 del CC, y como esa conducta fue exclusivamente, en cuanto a su componente de negligencia, realizada por la misma, no es posible como declara la Sala *a quo*, que las consecuencias de ese ilícito, precisamente, ocurrido antes de realizar el arriendo, como actos de administración ordinaria repercutirlas en la sociedad ganancial, al igual que, hasta los efectos indemnizatorios derivados de un ilícito realizado por un cónyuge durante la existencia del tracto —caso de multas, o infracciones dolosas— según se deriva del art. 1366 del CC, no pueden repercutir o afectar a los bienes del común al ser atribuibles a quien, con su actitud personal, ha provocado daños o perjuicios derivados de aquel proceder.

3. *Inexistencia de préstamo en la entrega de un cheque por parte de los padres al hijo, ya que ésta solo puede calificarse como de una donación.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 15 de marzo de 2002.
Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

- D. Antonio y D.^a Pilar interpusieron demanda de menor cuantía contra su hijo D. Pablo Antonio y su esposa D.^a María Teresa en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se condene a los demandados a abonarle a la actora la cantidad de 10.768.309 pesetas más intereses, y ello con la imposición de las costas a los demandados.
- Con fecha 30 de julio de 1993, el Juzgado dictó providencia por el que se declaraba en rebeldía al codemandado D. Pablo Antonio. Por su parte la demandada D.^a María Teresa contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: “se dicte sentencia por la que se absuelva a mi representada de las pretensiones contenidas en la demanda promovida en su contra por D. Antonio y D.^a Pilar, así como no sea concedido el embargo preventivo solicitado de contrario, todo ello con expresa imposición de las costas a los demandantes, dada su manifiesta temeridad y mala fe”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 35 de Madrid dictó sentencia el 9 de febrero de 1994 desestimando íntegramente la demanda con imposición de costas a los actores.
- En grado de apelación la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 23 de enero de 1996 desestimando el recurso de interpuesto por los actores.
- D. Antonio y D.^a Pilar interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El fundamento de la reclamación de cantidad invocado por los demandantes, hoy re-

currentes en casación, quedó referido a la devolución obligada de un préstamo hecho a

los demandados, uno hijo de los actores y su esposa, en trámites de separación conyugal habiendo sido desestimada su pretensión por estimarse debidamente acreditada la circunstancia de tratarse de la entrega de la cantidad de dinero en concepto de donación, sin que se hubiera acreditado título alguno que justificara la existencia de préstamo con obligación devolutiva.

Los recurrentes impugnan la interpretación fáctica de la sentencia recurrida de que la entrega de la cantidad reclamada por los padres a su hijo y nuera, en cuanto ésta estima que se trató de entrega de cantidad en concepto de donación intervivos, y que al tratarse de donación de cosa mueble, como es el dinero, implica una donación verbal consumada por la entrega simultánea, conforme a lo previsto en el párrafo 2.º del artículo 632.

Señala el Tribunal Supremo que los recurrentes no pueden sustituir la racional y correcta interpretación de la Sentencia de la Audiencia de que la entrega de cheques equivale a la entrega de dinero, pues se impone la flexibilización de la letra del precepto por la realidad social, en cuanto que las donaciones de dinero se materializan en la realidad y así se percibe por cualquiera por la entrega de cheque contra la cuenta del donante; sin que sea obstáculo que el cheque esté librado contra tenedor para pago a

favor del donatario, aunque no esté librado a favor de éste o al portador; y ya que, en definitiva, el cheque se supone racionalmente entregado de una forma u otra al donatario, con lo que se cumple la prevención legal de entrega simultánea.

Admitido el hecho de la adquisición de la propiedad del dinero por los demandados recurridos en virtud de donación manual, no puede admitirse la posibilidad de estar en presencia de un contrato de préstamo de dinero que supone la entrega del mismo con condición de devolver otro tanto de la misma especie o calidad; más aún cuando la interpretación de la sentencia recurrida tiene razonablemente en cuenta que la reclamación se produce en cuanto se inicia trámite de separación conyugal del matrimonio demandado, con la aquiescencia del hijo y cuando nos encontramos en un supuesto de hecho de donación distinto al previsto en la sentencia invocada por los recurrentes de 27 de febrero de 1992, ya que en ésta se discute el título de entrega de los cheques emitidos por un amigo de la familia que había sido tratado médicamente por la madre de los donatarios, teniendo una relación de amistad, que en modo alguno justificaría regalo de una finca, mediante cheques que perjudicaban no al patrimonio personal de quien entregaba, sino a la sociedad a la que representaba.

4. *Carácter privativo de los bienes adquiridos con anterioridad a contraer matrimonio, pese a que la compraventa se elevara a escritura pública con posterioridad y constara registralmente la presunción de ganancialidad de los bienes en cuestión, sin que haya existido acuerdo conyugal que les atribuyera este carácter.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de abril de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Esteban y D.^a Juliana eran los padres de D.^a Margarita, la cual falleció estando casada y separada de hecho, con D. Hermenegildo.
- D. Esteban y D.^a Juliana interpusieron demanda de juicio de menor cuantía contra D. Hermenegildo solicitando se dictase sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: a) Declare que los inmuebles objeto de la escritura de compraventa reseñada en el antecedente de hecho quinto de esta demanda, con carácter privativo, de la hija de los actores y esposa del hoy demandado, D.^a Margarita. b) Ordene, en su consecuencia, la rectificación de los asientos registrales correspondientes de los inmuebles reseñados, en el sentido antes expuesto. c) Declare que el demandado debe cesar, inmediatamente, en el uso y disfrute exclusivo de los inmuebles antedichos —al ser bienes integrantes de la herencia de su esposa, e hija de los mandantes— debiendo reintegrarlos a la Comunidad hereditaria quedada tras el fallecimiento de aquella —para su administración por dicha Comunidad, según su régimen específico— hasta que se realice entre sus miembros la división y adjudicación de los bienes relictos. d) Declare, asimismo, como bienes privativos, propiedad de la citada hija de los mandantes, D.^a Margarita los saldos existentes, a la fecha de su fallecimiento, en las cuentas corrientes núms. ...6 y ...2, de las que era titular en la entidad “Caja de Ahorros C.”; así como del saldo existente, a la misma fecha, en la libreta de ahorro núm. ...0, de la que, también, era titular aquella, a excepción de los intereses generados desde la fecha de su matrimonio con el demandado hasta su separación matrimonial de hecho y cuya cuantificación se llevará a cabo en ejecución de sentencia. e) Se condene, por todo ello, al demandado a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, con expresa imposición de costas, caso de que se opusiere a la presente demanda.
- D. Hermenegildo contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, formulando al mismo tiempo reconvencción en la que solicitaba que se dictara sentencia por la que se declare: a) Que el día 1 de agosto de 1984, D.^a Margarita otorgó testamento ológrafo, el cual es válido por concurrir en él los requisitos legales. Y que en él mismo estableció el legado de la parte de la vivienda que le correspondía, a favor de D. Hermenegildo, con el que en tal fecha aún no había contraído matrimonio. b) La consecuente nulidad del acta de notoriedad de declaración de herederos *ab intestato* de D.^a Margarita otorgada por D. Esteban ante el Notario de esta capital, D. José María D.B. el día 14 de junio de 1993, al número 2.389 de su protocolo general. c) Que el actor posee la mitad de la vivienda conyugal y garaje, sita en la

calle F., núm. ...3, como consecuencia de lo establecido en el propio testamento, y en los posteriores actos voluntarios de la causante y su esposo D. Hermenegildo cuando otorgaron la escritura pública de compraventa de la vivienda y el garaje, así como de los muebles que integran el ajuar familiar y saldos de las cuentas corrientes de “Caja de ahorros C.” número ...2, ...6 y ...0 de que era titular su esposa D.^a Margarita, por su liquidación de gananciales. Y tiene derecho a los frutos, rentas e intereses que hayan producido los saldos de las cuentas corrientes privativas de la esposa. d) Al usufructo de la mitad de la herencia, por lo que su ocupación de la vivienda conyugal y garaje está ajustada a derecho. e) Todo ello lo deberán las partes dilucidar de mutuo acuerdo en el momento de otorgar la correspondiente escritura de división de gananciales, liquidación y aceptación de herencia, o mediante el ejercicio de la acción correspondiente en el juicio de testamentaria. Condenando a estar y pasar por tales declaraciones, y al pago de las costas si se opusieran, por su temeridad y mala fe.

- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia el 24 de enero de 1996 desestimando tanto la demanda principal como la reconvencional.
- En grado de apelación, la Sec. 3.^a De la AP de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia el 19 de octubre de 1996, declarando ser de carácter privativo y correspondientes por tanto a la comunidad hereditaria quedada al fallecimiento de D.^a Margarita, la vivienda sita en planta tercera de la calle F., núm. ... 3 de Santa Cruz de Tenerife, así como la plaza de garaje adquirida por ésta en el citado edificio, debiéndose, en ejecución de sentencia, dirigir comunicación en este sentido al Registro de la Propiedad para rectificación de la inscripción registral correspondiente. Asimismo, declarar privativo el saldo de la libreta de ahorros arriba mencionada en la fecha en que se produjo el matrimonio de la fallecida mencionada, estimándose de carácter ganancial tanto la diferencia de dicho saldo con la cifra final, como el de las demás cuentas corrientes objeto del pleito. No se estima la petición de ordenar al demandado D. Hermenegildo el cese en el uso de la vivienda citada, por hallarse pendiente cuestión testamentaria sobre la misma, quedando pendiente de la citada decisión judicial que sobre esta cuestión se adopte.
- D. Hermenegildo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los demandantes han ejercitado una acción declarativa de propiedad sobre unos inmuebles y unos saldos bancarios respecto de su hija fallecida y, en consecuencia, que se

declare que forman parte de la comunidad hereditaria procedente de la misma. El demandado ha instado la declaración de validez de un testamento ológrafo y la de nulidad de la declaración de herederos abintestato, así como la declaración de posesión de los bienes inmuebles y la de su legítima vi dual usufructuaria.

El recurso se refiere tan solo a la cuestión de la calificación jurídica de la vivienda y la plaza de garaje, de si fueron bienes privativos de la esposa fallecida D.^a Margarita y, por tanto, son pertenecientes a la comunidad hereditaria de ésta o son bienes gananciales de la misma y su esposo demandado D. Hermenegildo y, por tanto, pertenecientes ahora a la comunidad postganancial. La sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de casación, se pronuncia por la primera solución expresando literalmente: comenzando por la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los inmuebles, hay que estimar que los mismos fueron adquiridos por la fallecida hija de los actores cuando ésta se hallaba soltera, habiéndose pagado, en tales circunstancias personales, el precio de los mismos. Tienen, por tanto el carácter de bienes privativos de la esposa, conforme a lo previsto en el artículo 1346.1.º del Código Civil debiendo hacerse las dos siguientes consideraciones:

1.º) Que en nada se opone a esta calificación el que, a poco del matrimonio de elevara a público el documento privado de compraventa, sin hacerse en este la indicación formal de ser privativos los inmuebles, pues la escritura no desvirtúa el hecho básico de tratarse de unos bienes privativos; ni tampoco el hecho de que en el Registro de la Propiedad se diga que los mismos tienen el carácter presuntamente ganancial, mención correcta que hace el Registrador al tratarse de una escritura en que, aunque no intervin ga en ella el esposo, aparece en la misma la condición de casada, en el momento de otorgarla, de la compradora. Tal mención es de “presuntivamente ganancial”, presunción que obviamente solo persiste hasta que una decisión judicial acabe con la misma.

2.º) Que tampoco cambia la situación jurídica de privativos el hecho de que el entonces novio de la compradora hubiera aportado ayuda económica a la compra de los inmuebles, pues al no darse la condición aún de casados no existía sociedad de gananciales alguna. Tal aportación, si se demuestra su realidad y cuantía, solo concede al demandado la posibilidad de reclamar como crédito la cantidad entregada.

Como base fáctica, hay que precisar: en sendos documentos privados D.^a Margarita compró y tomó posesión de la vivienda y de la plaza de garaje, de 3 de agosto de 1983 y 30 de noviembre de 1984, respectivamente; contrajo matrimonio con el demandado D. Hermenegildo en 8 de diciembre de 1994; en escritura pública de 15 de enero de 1985 se otorga la compraventa de aquellos inmuebles; la separación de hecho se da en 1987 y la muerte de la esposa, el 14 de diciembre de 1992.

Como base jurídica, hay que tener en cuenta dos datos esenciales: primero, los bienes y derechos que pertenecen a un cónyuge cuando comienza la comunidad de gananciales, son privativos del mismo, según deriva de su propio concepto y expresa el número 1 del artículo 1346 del Código Civil; segundo, cuando un negocio jurídico, como el contrato de compraventa, se perfecciona en un momento dado, la escritura pública que reproduce el mismo negocio jurídico no perfecciona uno nuevo sino que simplemente lo eleva a tal forma, que no es sino ratificación o reproducción del anterior; así lo han expresado las sentencias de esta Sala de 30 de noviembre de 1996 y 17 de mayo de 1999.

De lo expuesto deriva directamente la desestimación de los motivos de casación. El primero, que alega error de derecho en la apreciación de la prueba e infracción de los artículos 1218 y 1224 del Código Civil, porque no se plantea cuestión ninguna sobre la prueba sino que en el desarrollo del motivo se discute la calificación de los bienes inmuebles mencionados, como privativos. El segundo, que alega infracción del artículo

1355 del Código Civil, porque nunca ha aparecido acuerdo alguno de los cónyuges, de atribuir condición ganancial a dichos inmuebles y porque esta norma se aplica a la adquisición de bienes durante el matrimonio y en el caso presente se adquirieron antes.

En el último motivo del recurso se denuncia la infracción de los artículos 1357, párrafo segundo y 1354 del Código Civil. El motivo se desestima por el Tribunal Supremo porque no son aplicables al caso de autos. En éste, la esposa, antes de contraer matrimonio, compra una vivienda y una plaza de garaje; son unos bienes propios, que son pertenecientes a ella al contraer matrimonio y, por tanto, privativos, según el artículo 1346.1 del Código Civil pese a que otra persona —que posteriormente fue su marido—

hubiera colaborado económicamente. Por el contrario, lo que contemplan aquellas normas es el caso en que se produce una compra a plazos por uno de los cónyuges, antes de contraer matrimonio y comenzar la comunidad de gananciales y los plazos se pagan con dinero ganancial o ganancial y privativo, que no es el supuesto fáctico tal como se reconoce como tal en la sentencia de instancia. Las sentencias de instancia no declaran en ningún momento como hecho probado que se pagara alguna cantidad tras la celebración del matrimonio, sino que por el contrario dice expresamente que se pagó antes del matrimonio. Y la parte demandada, el esposo, tampoco lo alega en su escrito de contestación ni lo menciona en el de conclusiones, es decir, plantea en casación una cuestión nueva que no es admisible.

5. *Carácter ganancial del inmueble adquirido por el esposo en documento privado constante la sociedad de gananciales, declarándose la nulidad de la escritura de compraventa otorgada con posterioridad en la que se vende con carácter privativo al esposo.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 17 de abril de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Isabel y D. Bienvenido contrajeron matrimonio civil el 31 de mayo de 1980, sin que conste su separación legal, y la de hecho, al menos desde el 1995.
- Mediante documento privado de fecha 7-10-1991, don Enrique vende a don Bienvenido las naves/establos situadas en Valverdón (Salamanca), estipulándose un precio de 8 millones de pesetas, entregando en el acto 650.000 ptas., a cuenta del precio total y, el resto sería abonado por el comprador, en las condiciones que ambas partes acuerden en el momento de elevar el presente contrato a escritura pública.

- Con fecha 24 de marzo de 1992, el Banco de Castilla concede un préstamo por importe de 5 millones a los cónyuges doña Isabel y don Bienvenido, que deberán devolver, a razón de un millón los 18 de marzo de los años 1993, 1994, 1995, 1996 y 1997, teniendo en la actualidad abonado las anualidades de 1993 a 1996.
- D. Bienvenido fue entregando, a cuenta del precio, las siguientes cantidades: 1.º el 27-3-1992, 3.400.000 ptas., 2.º el 25-5-1992, 2.000.000 ptas., 3.º el 5-11-1992, 500.000 ptas., y 4.º el 7-1-1993, 900.000 ptas., es decir, el vendedor recibió de don Bienvenido la suma total, incluida la consignada en contrato de 7.450.000 ptas.
- Con fecha 26 de agosto de 1993, D.ª Isabel y D. Bienvenido otorgaron Escritura Pública de Capitulaciones Matrimoniales, en la que acuerdan el cese de la sociedad de gananciales, rigiéndose el matrimonio por el sistema de separación absoluta de bienes, y después de hacer una relación del activo (tercera parte de un local, coche BMW, y muebles y aparatos del domicilio conyugal), se adjudica a la hoy actora el coche y los muebles y aparatos de uso doméstico, y al esposo la tercera parte del local.
- Con fecha 31 de enero de 1995, mediante escritura pública, D. Enrique vende a los hermanos D. Bienvenido, D.ª Consuelo y D. Juan la finca urbana objeto del documento privado, haciéndose constar su régimen de separación de bienes, y por lo tanto, la adquisición con carácter privativo de la finca vendida, se hace constar, igualmente, que el precio del bien ha sido de 5 millones de pesetas, que el vendedor confiesa haber recibido en las debidas proporciones de los compradores, que adquieren el bien por terceras e iguales partes y en proindiviso; la Escritura se inscribe en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Salamanca el 17 de marzo de 1995.
- D.ª Isabel interpuso demanda de menor cuantía contra D. Enrique y los hermanos D. Bienvenido, D.ª Consuelo y D. Juan, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare: 1.º) La ganancialidad de la finca, ya que la misma fue adquirida constante la Sociedad de Gananciales de la que formaba parte la actora. Y con la constancia de la declaración del carácter ganancial de dicho bien, pueda en su día acudir al procedimiento oportuno, al objeto de las correcciones de su haber patrimonial. 2.º) La nulidad de la compraventa formalizada en escritura pública de fecha de 3 de enero de 1995. 3.º) La imposición de las costas a los codemandados por su temeridad y mala fe. 4.º) La nulidad de todas las inscripciones, así como cualquier clase de anotaciones practicadas a favor de los codemandados en el Registro de la Propiedad sobre el referido bien inmueble.
- Los demandados se personaron en autos y solicitaron la desestimación de la demanda.

- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Salamanca dictó sentencia el 7 de junio de 1996 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la AP de Salamanca dictó sentencia el 16 de septiembre de 1996 desestimando el recurso.
- Los demandados interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el recurso interpuesto por D. Enrique, parte vendedora, se alega que nos encontramos ante un contrato válidamente emitido, al menos, por lo que a él respecta, a quien no puede afectar la acción de nulidad, al mismo tiempo que, en el caso de ser considerado referido bien como ganancial, y de acuerdo con los preceptos anteriormente invocados, puede resolverse las cuestiones surgidas entre ambos esposos sin necesidad de anular la referida compraventa, evitando de ese modo, los daños y perjuicios que la sentencia recurrida acarrea a un tercero de buena fe, como es él. Asimismo, alega que “la escritura pública de compraventa otorgada por nuestro representado cumple con todos los requisitos exigidos por el art. 1261 CC, para su validez, es decir, que existe un consentimiento válidamente emitido por ambas partes contratantes, el objeto del mismo es cierto, concreto y determinado y la causa es igualmente ilícita, al menos, a lo que a nuestro representado respecta, ya que, el fin pretendido no es otro que la venta de la finca objeto del contrato, extremo que queda corroborado por las declaraciones en confesión, tanto de la actora, como de los codeemandados, ya que, todos ellos consideran, que nuestro representado, ha actuado en este negocio jurídico con absoluta buena fe, y que, por tanto, no puede verse afectado de nulidad tal contrato en perjuicio de un tercero de buena fe como es nuestro representado. Por tanto, entendemos que el contrato celebrado es completamente válido, siendo ajenas a nuestro representado las cuestiones

económicas/matrimoniales planteadas en este mismo préstamo suscrito por ambos esposos, cuestiones que pueden resolverse a través de los cauces de los arts. 1403, 1404 y 1405 CC. Se afirma que, la escritura de compraventa de 3-1-1995, reúne todos los requisitos, como nuevo contrato de validez, por lo que no procede la nulidad acordada y, menos aún, la repercusión en los intereses del recurrente que actuó de buena fe en todo momento”.

El motivo es insostenible para el Tribunal Supremo, ya que, la razón de la nulidad declarada de la citada escritura pública de compraventa de 3-1-1995 es bien obvia, pues altera la naturaleza ganancial del bien adquirido previamente por el documento privado de compraventa suscrito entre ese mismo vendedor, el recurrente y el marido de la actora, con fecha de 7-10-1991, con base, en cuanto expone el F.J. 5.º de la primera Sentencia: “...toda vez que en la fecha del contrato estaba vigente la sociedad de gananciales, resulta de aplicación el art. 1361 CC, que presume la gananciabilidad del bien mientras no se pruebe que pertenece privativamente al marido o a la mujer, y toda vez que el demandado no ha probado que el primer plazo pagado al suscribir el documento privado tuviera carácter privativo, resulta de aplicación, igualmente el art. 1356 CC....” y, así lo entiende y confirma la Sala cuando expresa en su F.J. 1.º (se omite por la sentencia recurrida, sin duda por error el F.J. 2.º, pues, de este 1.º, se expone el 3.º) “...Pero hay más. Hay un documento priva-

do, el de compraventa de 7-10-1991, hecho en un momento fuera de toda duda y devaneo, en el que, claramente, aparece que se vende un bien al esposo, constante la sociedad de gananciales y, en el que desde luego, se refiere a un sólo comprador y no tres y, en el que, para nada se especifica que dicho bien se adquiera con dinero privativo ni del demandado ni de los hermanos del mismo. Luego, en momento más dudoso, la elevación a escritura pública de dicho documento, contiene más de los que existían, aparecen en el teatro más actores. Y contando con este documento privado y con la presunción de ganancialidad a que se refiere la sentencia que se recurre, las pruebas en contra para sustraer el bien del carácter ganancial tienen que ser muy serias...”. Y sobre la buena fe del recurrente, tampoco se comparte, ya que, la propia Sala *a quo*, al confirmar la primera sentencia, coincide con el juicio expuesto sobre la conducta de ese “doble” vendedor al decirse en su FJ 5.º: “...resultando, pues, la ausencia de causa en la venta escriturada, efectuada con el único ánimo de sustraer del patrimonio ganancial la mencionada finca, con perjuicio de la actora, que se ve privada así de la propiedad de la misma, resultando no verdaderas ninguna de las declaraciones contenidas en la escritura, ni la referida a la adquisición proindiviso, ni las concernientes al precio finalmente, y en relación al vendedor, toda vez que suscrito el documento privado, que sabía el precio recibido, y aunque ignorara la situación matrimonial, en ningún caso debió de ceder a las pretensiones de don Bienvenido de otorgar Escritura. Faltando a la verdad de lo acordado en documento privado, máxime cuando el otorgamiento se efectuó casi 4 años después...”.

Los hermanos demandados en su recurso alegan la falta de acción de la actora al carecer de legitimación para pedir la nulidad de un contrato del que no ha sido parte, cual es la escritura de compraventa de la finca litigiosa. El Motivo no se acepta por el Tribunal Supremo, porque esa legitimación, que se dice alegada y no resuelta por la recurri-

da, se deriva de la indiscutible cualidad de la demandante que por ser cotitular de un bien adquirido durante el tracto por su marido, el codemandado, y que es el objetivo de su acción, ostenta el derecho sustantivo correspondiente a su pretensión y por ello su procesal categoría de legitimación “*ad causam*”.

En el segundo motivo, denuncian los demandados la infracción del art. 1214 CC, en relación con los arts. 1302, 1261.3.º y 1277 del mismo texto legal y su jurisprudencia interpretativa, y se aduce que no está probada por la actora la simulación y que la escritura de compraventa es un negocio real, independientemente de que, de estimarse ganancial el bien objeto del contrato, deba esto subsanarse entre los cónyuges por medio de la compensación o de adición en sus capitulaciones, bien extrajudicialmente, bien en ejecución de sentencia, y que, se debe tener en cuenta que los esposos otorgan escritura de capitulaciones en agosto de 1993, y la escritura de compraventa es de enero de 1995. Median entre ambas escrituras casi dos años y no un mes, como erróneamente se recoge en la sentencia. Que, la actora —continúa el Motivo— no justifica, ni por asomo, la razón por la que no incluyó la finca ni el préstamo en el inventario de su sociedad de gananciales, a la liquidación del régimen económico conyugal, a pesar de ser del pueblo donde se encuentra la finca, de haberse desembolsado el precio de la venta casi en su totalidad y de haber firmado un préstamo de cinco millones de pesetas.

Tampoco se acoge el motivo, porque, no se ha cuestionado en el litigio la referida simulación y, sobre todo, porque la Sala *a quo*, resuelve el mismo no compulsando si el negocio anulado lo fue o no aparente, sino, porque en el mismo, y por su contenido se incurría en una evidente ilegalidad sobre el inmueble litigioso, con una doble patología o irregularidad, pues, por un lado, se vendía un bien ya previamente vendido, y, por otro, se modificaba su naturaleza jurídica según configuración *ope legis* indicada de los arts. 1361 y 1356 CC.

III. CONVENIO REGULADOR

1. *Validez y eficacia de un convenio regulador que suscribieron extrajudicialmente los cónyuges que no se redactó como propuesta para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de febrero de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Joan y D. Carmelo, que habían contraído matrimonio el 14 de julio de 1980, en el año 1987 decidieron poner fin a la vida en común mediante separación, y para regular tal situación otorgaron el 14 de diciembre 1987 escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, sustituyendo este régimen económico matrimonial por el de separación de bienes, y el 15 de diciembre siguiente otorgaran documento privado, en el que, con la denominación del Convenio Regulador, estipulan que D. Carmelo abonará a su esposa D.ª Joan, en concepto de contribución a las cargas y alimentos, la cantidad mensual de doscientas cincuenta mil pesetas, cantidad que se revisará anualmente con arreglo al IPC, y que esa cantidad fijada en concepto de contribución a las cargas y alimentos se abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente de D.ª Joan.
- D.ª Joan interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra D. Carmelo solicitando que en cumplimiento del anterior convenio se condenase al demandado a abonarle, en virtud de la obligación contractual, lo siguiente: a) 15.750.000 pesetas en que se concreta y cuantifica la deuda del demandado según lo expuesto en los hechos de esta demanda. B) Los intereses legales de la anterior cantidad desde la interposición de la presente demanda hasta su completo abono. C) Las costas que se causen en el presente procedimiento.
- D. Carmelo contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando la demanda e imponiendo las costas a

la parte actora. Asimismo formuló reconvencción, alegando los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando la demanda, y estimando la reconvencción declarar que el documento de convenio regulador aportado con la demanda es radicalmente nulo e inexistente, así como ineficaz, todo ello con imposición de costas.

- El Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de San Bartolomé de Tirajana dictó sentencia el 2 de noviembre de 1995 estimando la demanda y desestimando la reconvencción y condenando a D. Carmelo a que abone a la actora la cantidad de 15.000.000 pesetas, más los intereses legales devengados desde la fecha de la publicación de esta sentencia y hasta su completo pago, con abono asimismo de las costas causadas en este juicio.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de las Palmas dictó sentencia el 18 de septiembre de 1997 desestimando el recurso interpuesto por D. Carmelo y estimando el interpuesto por D.^a Joan en cuanto al pago de los intereses desde la fecha de interposición judicial.
- D. Carmelo interpuso recurso de casación contra el Tribunal Supremo que fue desestimado, salvo en cuanto a la imposición de costas.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La sentencia de la Audiencia (que es la objeto de recurso) resuelve el tema nuclear del recurso reconociendo la validez y eficacia jurídica del convenio litigioso como negocio extrajudicial. Dice que “nos encontramos con un convenio acordado por los cónyuges, no para su presentación ante la autoridad judicial y conseguir la homologación del mismo en un proceso de separación; se trata de un auténtico contrato de naturaleza privada, en el que los cónyuges de forma complementaria a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el día anterior, vienen a regular para el futuro las cuestiones económicas atinentes a los mismos, y ello a raíz de una crisis matrimonial surgida, y por la cual deciden separarse de hecho, y así lo expresan en el convenio reflejado en el documento aportado con la demanda, en cuya cláusula tercera bis se menciona la existencia de las anteriores capitulaciones, y de donde se infiere el carácter complementario del acuerdo respecto de lo

contenido en dichas capitulaciones”. Y resume más adelante “encontrándonos ante un negocio jurídico de carácter privado, no ante un convenio regulador de una separación judicial, y siendo por tanto aquel vinculante para las partes, el recurso de apelación formulado por el demandado no puede prosperar.

El Tribunal Supremo comparte la apreciación finalista del documento de 15 de diciembre de 1987 efectuada por la sentencia recurrida, en el sentido de que el mismo no se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. Y asimismo comparte la doctrina que recoge en relación con dichos acuerdos, pues los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC), pueden celebrar conve-

nios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. de 22 de abril de 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 26 de enero de 1993, 7 de marzo de 1995, 22 de abril y 19 de diciembre de 1997 y 27 de enero y 21 de diciembre de 1998) y la doctrina registral (resoluciones de la DGRyN de 31 de marzo y 10 de noviembre de 1995 y 1 de septiembre de 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial.

Alega el recurrente la aplicación errónea de art. 1281 del CC, a lo que responde el Tribunal Supremo que la interpretación contractual es tarea reservada a los Tribunales de instancia, por lo que está vedado en casación sustituir la apreciación efectuada, incluso aunque haya una duda razonable acerca de su acierto; y sólo es posible la revisión cuando sea contraria a la legalidad, arbitraria, absurda, o manifiestamente errónea, o contradiga las reglas de la lógica que son las del buen sentido humano o recto criterio (sentencias, entre otras, de 11 y 19 de junio de 1999; 20 de enero, 8 y 14 de marzo, 19 y 28 de septiembre, y 21 de noviembre de 2000; y 1 de febrero y 4 de julio de 2001), y nada de ello sucede en el caso de autos. Por lo demás resulta claro el carácter complementario del acuerdo del 15 de diciembre respecto del celebrado, y en tal sentido se acomoda a la lógica la cláusula tercera bis del documento privado, y en absoluto cabe entender con base en ella que el convenio se

generó para su presentación a homologación judicial en un propio cuerpo del motivo donde se dice “el documento suscrito es totalmente privado, y con ello queremos significar con efectos solo para los otorgantes”.

Tampoco conduce a una conclusión favorable a la postura que mantiene la parte demandada-recurrente, de supeditación de la validez y eficacia del convenio o acuerdo a la sanción judicial, el hecho de que en dos lugares distintos (antecedente II y cláusula primera) se haga referencia en dicho documento privado a que los cónyuges hayan decidido separarse de mutuo acuerdo, máxime si se tiene en cuenta que no se menciona para nada la “separación judicial”. Y es por ello por lo que también carece de consistencia el motivo tercero en el que se aduce la infracción del art. 1285 CC, con arreglo al que habrá de tomarse en cuenta el criterio interpretativo sistemático o del “canon de la totalidad” para averiguar el sentido de las cláusulas dudosas, pues si la voluntad común es clara y no existe duda resulta innecesario acudir a dicho elemento interpretativo, que solo entra en juego cuando la intención contractual no ha podido precisarse totalmente por las reglas preferentes de los arts. 1281 y 1282 CC (SS. 20 de octubre de 1986, 19 de febrero de 1996, 11 de julio y 15 de diciembre de 2000).

En otro motivo sostiene el recurrente que la sentencia de la Audiencia infringe la jurisprudencia recogida en las SS. 25 de junio de 1987 y 22 de abril de 1997, entre otras, que establecen la trascendencia normativa a los pactos de regulación de las condiciones económicas entre los cónyuges, pero sometiendo dichos pactos para su aprobación a la homologación judicial, bien en juicio de separación o en otro declarativo.

El motivo se desestima porque la doctrina que reconoce plena eficacia *inter partes* a los convenios entre los cónyuges, aunque carezcan de la sanción judicial, se halla plenamente consolidada en la Jurisprudencia de esta Sala, expuesta en el fundamento segundo de esta resolución. Por otro lado, y

además de ello, la S. de 22 de abril de 1997 distingue entre los convenios con y sin homologación judicial, y si bien considera tal homologación *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador del art. 90 CC, en absoluto desconoce la eficacia del que no haya sido objeto de aprobación judicial en tanto que negocio jurídico válido concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255. Y en cuanto a la otra sentencia citada —25 de junio de 1987—, aparte de que admite la posibilidad de verificación judicial en cualquier tipo de procedimiento, y de que supuso un importantísimo avance en el reconocimiento de los acuerdos privados entre cónyuges en cuanto a materias sujetas a su disponibilidad jurídica, en cualquier caso, el supuesto contemplado es diferente del de autos, y por lo demás una sola sentencia no forma jurisprudencia y menos frente a una clara orientación posterior.

En el último motivo se alega infracción del art. 523.2 de la LEC de 1881 con base en que en la demanda se reclamó la cantidad de quince millones setecientos cincuenta mil ptas., y a pesar de que se redujo su importe

en la sentencia del Juzgado a la de quince millones, se imponen las costas de la primera instancia a la parte demandada.

El motivo debe ser estimado porque si bien la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia dice que estima la demanda, sin embargo lo cierto es que reduce el importe de la cantidad reclamada en la misma, por lo que debió haber aplicado el párrafo segundo del art. 523 LEC 1881 en lugar del primero. Como consecuencia de ello debió haberse estimando dicho particular en apelación (pues no es cierta la alegación que se hace en el último inciso del escrito de impugnación del recurso de casación por la parte recurrida), lo que a su vez supone que tampoco cabe imponer las costas de la segunda instancia (art. 710, párrafo segundo).

Por consiguiente, se casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial y revoca la del Juzgado de Primera Instancia en el particular relativo a las costas de la primera instancia y de la apelación únicamente en cuanto a las relativas a la demanda principal, y no a las de la reconvencción, porque el tema objeto de ésta se desestimó íntegramente en ambas instancias.

2. *Derecho del esposo a cobrar las cantidades que le adeudaba la esposa en virtud del reconocimiento de deuda que aquélla había realizado en el convenio regulador de la separación y que estaba motivado por el exceso de adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal, sin que se haya acreditado que tal reconocimiento se hiciese bajo coacción para poder obtener la separación.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Gabriel interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Ángeles solicitando que se dictase sentencia condenando a la demandada a abonarle la

cantidad de 901.584 pesetas más los intereses pactados desde la fecha de vencimiento de cada una de las cantidades mensuales hasta su efectivo pago, así como condena en las costas del presente procedimiento.

- D.^a Ángeles se opuso a la demanda y solicitó su desestimación con expresa condena en costas a la parte actora formulando al mismo tiempo demanda reconvenzional por la que solicitada se dictase sentencia por la que: “1.^o Se declare la nulidad radical o absoluta del documento notarial de fecha 13 de junio de 1989, núm. 928 del protocolo de instrumentos públicos del Notario D. Julián M.A. sobre reconocimiento de deuda por estar basado en una causa falsa o simulada, y responder su finalidad última a una causa ilícita por contraria a la ley y fraudulenta, todo lo cual, determina la inexistencia del propio contrato y de la obligación que el mismo conlleva, así como la cláusula segunda, apartado b) de la ampliación del Convenio Regulador de fecha 6 de junio de 1989, con todos los demás pronunciamientos que sean inherentes o consecuencia de esta declaración. 2.^o Subsidiariamente se declare extinguida la deuda de siete millones de pesetas que contiene el documento notarial de fecha 13 de junio de 1989 ya referido, extinción que se produjo en virtud del documento notarial posterior de fecha 11 de abril de 1990, que lleva el número 562 del protocolo de instrumentos públicos del Notario D. Julián M.A., y en consecuencia se declare que D.^a M.^a Ángeles no adeuda cantidad alguna a D. Gabriel. 3.^o Subsidiariamente de lo anteriormente solicitado —y para el insospechado caso de que a ultranza se mantenga la validez y efectos del documento notarial sobre reconocimiento de deuda— se declare la procedencia de realizar partición adicional subsanando la liquidación y adjudicación de gananciales realizada por D. Gabriel y D.^a M.^a Ángeles en Convenio Regulador de fecha 28 de abril de 1989, y que supuestamente es causa del reconocimiento de deuda, rectificando los valores de los bienes adjudicados a la esposa previa operación aritmética que corresponde en Derecho y trayendo a la misma las partidas de activo y pasivo omitidos y el valor legal de la vivienda de protección oficial de Avda. C., núm. ..., estableciendo si legalmente hubo exceso de adjudicación en favor de mi representada, y en su caso determinar conforme a Derecho y al otorgando tercero del documento notarial de fecha 13 de junio de 1989 qué cantidades, de las ya devengadas en estos años transcurridos, corresponde aplicar a capital y a intereses, a fin de poder determinar legalmente si mi representada al día de hoy adeuda alguna cantidad al actor. Todo ello con expresa imposición de las costas de esta reconvencción al actor D. Gabriel, decretando al efecto todo lo demás que sea procedente en Derecho”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.^o 1 de Salamanca dictó sentencia el 5 de julio de 1996 estimando la demanda y desestimando la demanda reconvenzional.

- En grado de apelación la AP de Salamanca dictó sentencia el 15 de octubre de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D.^ª Ángeles.
- D.^ª Ángeles interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

D. Gabriel había interpuesto demanda contra su esposa D.^ª Ángeles reclamando el pago de 901.584 ptas. que le adeudaba como consecuencia de no haber atendido durante 1994 y los meses de 1995 hasta entonces transcurridos, los plazos previstos en la escritura pública de reconocimiento de deuda de fecha 13 de junio de 1989. La demandada interesó la desestimación de dicha pretensión y formuló reconvencción interesando la declaración de nulidad radical del mencionado documento; subsidiariamente, la extinción de la deuda consignada en el mismo; finalmente de no acogerse ninguna de tales peticiones, que se llevase a cabo una partición adicional, subsanando la liquidación y adjudicación de gananciales efectuada por los litigantes en su día.

En el primero motivo del recurso se alega por la esposa la infracción del artículo 1276 del Código Civil, alegando que la causa del reconocimiento de deuda que se contiene en la escritura pública de 13 de junio de 1989 es totalmente falsa. Dicha escritura, según la recurrente, se otorgó para poder obtener la separación matrimonial y la atribución del cuidado de los hijos del matrimonio, lo que por su esposo se condicionaba a que se le eximiese de pagar alimentos para los mismos. Ante esta coacción, hubo de firmar dicho reconocimiento, pese a no ser cierto que en la liquidación de gananciales le hubiera correspondido un exceso de valor de siete millones de pesetas. Se añadía, que en la primera propuesta de convenio regulador se había establecido que los hijos quedaban bajo la custodia de la madre, exonerándose al padre del pago de alimentos. Ante la oposición del Ministerio Fiscal, se formuló una

nueva propuesta y se otorgó la escritura pública de 13 de junio de 1989. Pero existe una contradicción ostensible entre la misma y la posterior de 11 de abril de 1990, en la que expresamente manifiestan los litigantes que se ha liquidado la sociedad de gananciales y que han recibido cantidades iguales a las cuotas correspondientes, no llevando ninguno de ellos exceso de adjudicación. Esta contradicción evidencia, según la recurrente, la falsedad de la causa del reconocimiento de deuda, sin que en ningún momento hubiera intentado probar el demandante que dicha causa fuera verdadera y lícita.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo. Como señala el Tribunal de instancia, el reconocimiento de deuda vincula a quien lo realiza y, en atención a lo prevenido en el artículo 1277 del Código Civil, ha de presumirse que su causa existe y es lícita, en tanto el deudor (con inversión de la norma general sobre carga de la prueba) no demuestre lo contrario.

En la sentencia impugnada se lleva a cabo una detenida valoración de las pruebas practicadas, ponderando el contenido de los diversos escritos suscritos por las partes y se llega a la conclusión, de que la escritura de 13 de junio de 1989 reúne todos los requisitos que el artículo 1261 del Código Civil exige para su validez y eficacia.

En efecto, el exceso registrado en la atribución de bienes a la esposa figura tanto en las dos propuestas de convenio regulador de la separación, como también en el Convenio del posterior divorcio, según se hace constar en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia del Juzgado. Esta conclusión como los demás argumentos de dicha resolu-

ción se aceptó expresamente y se dio por reproducido en la Audiencia Provincial añadiéndose que D.^a M.^a Ángeles, con sus propios actos ha venido a ratificar la realidad de dicho exceso, por cuanto durante varios años ha admitido la compensación entre la ayuda alimenticia que el padre debía pasar a los hijos y la devolución a plazos del importe de la deuda por ella reconocida, hasta que en determinado momento decidió exigir a su ex marido el cumplimiento de aquella prestación.

En el segundo motivo se alega la infracción del artículo 1306 del Código Civil, insistiéndose en la mención del *iter* seguido por los contendientes en la suscripción de documentos relacionados con su crisis matrimonial de que ya se había dejado constancia anteriormente, y afirmándose que ha mediado en el reconocimiento de deuda causa torpe por parte de ambos otorgantes para conseguir su propósito de separación y divorcio consensuales. Se argumenta la extraña coincidencia existente entre los plazos de amortización de la supuesta deuda y las pensiones alimenticias, tanto respecto a la cuantía de unos y otros, como también en los relativos a su incremento anual, y se hace alusión a la cláusula que establece que la deuda de la recurrente quedaría extinguida si el acreedor fallecía antes de su total pago, sin derecho de sus herederos a reclamación alguna. También se alude a que en la posterior escritura de liquidación de la sociedad de gananciales se haya manifestado que los interesados habían percibido sus lotes y nada se adeudaba por tal concepto.

Ha de significarse, ante todo, que se está reprochando a la sentencia impugnada la inaplicación de un precepto destinado únicamente a establecer las consecuencias de la declaración de nulidad de un contrato, por ilicitud de causa, cuando esta ilicitud dimana de un hecho imputable a ambos contratantes que no sea constitutivo de delito o falta. Es evidente que, en todo caso, el precepto invocado como infringido debería haber sido el artículo 1275 del Código Civil. De todas formas, la desestimación del moti-

vo viene impuesta por lo anteriormente razonado, a lo que cabría añadir que la lectura de las propuestas de convenio y documentos públicos a que repetidamente se refiere la recurrente pone de evidencia que la valoración de la vivienda familiar asignada a la esposa, que ha de presumirse que las partes realizaron libremente en la primera de dichas propuestas (14.000.000 pts.) era sensiblemente superior a la que luego, al objeto de igualar formalmente las adjudicaciones, con finalidades de orden fiscal cuya valoración no corresponde a esta Sala, se efectuó en la escritura de liquidación de la sociedad conyugal, en la que dicha vivienda se evaluó en 2.800.000 ptas. A fin de pretender aproximarnos a cuál podría ser el verdadero valor de dicho bien, bastará considerar que las dos plazas de garaje del mismo edificio que se asignaron al esposo se tasaron conjuntamente en 2.500.000 pts en la propuesta de convenio regulador y en 2.700.000 ptas. en la escritura de liquidación. Ha de añadirse que en uno y otro documento los demás bienes mantuvieron prácticamente la misma valoración, salvo los incrementos registrados por dos de los adjudicados al marido, la parcela (pasó de 1.000.000 a 1.500.000 pts.) y la moto (de 100.000 a 200.000 pts.). Difícilmente puede admitirse que en apenas un año una vivienda pueda perder el 80% de su valor hasta llegar a equipararse al de dos plazas de garaje del mismo edificio, por lo que se impone la conclusión de que el exceso en la adjudicación a favor de la recurrente admitido hasta en cuatro ocasiones por ésta en modo alguno fue algo puramente ficticio como se pretende.

En el tercero de los motivos se reprocha la inaplicación y violación del artículo 1214 del Código Civil, pues pese a la contradicción ya aludida entre los documentos otorgados, el actor no ha probado que pese a lo afirmado en el último de ellos sobre igualdad de adjudicaciones le deba siete millones de pesetas su esposa. No obstante, la Audiencia Provincial ha acogido la pretensión del demandante, sin tener en cuenta que a él

le correspondía la carga de la prueba de lo que afirmaba.

El motivo es igualmente rechazado por el Tribunal Supremo. Las partes, ambas mayores de edad, manifestaron hasta en cuatro ocasiones que existía un exceso de valor en los bienes que se adjudicaban a la recurrente, en relación con los que retenía el demandante. Merced a dicha afirmación en las propuestas de convenio regulador, los contendientes han obtenido, sucesivamente, sentencias de separación matrimonial y de divorcio. Pese a que pocos meses después de la separación matrimonial se

otorgó escritura de liquidación de la sociedad conyugal, en la que se hizo constar la igualdad de los lotes que se asignaba a uno y otro (con la llamativa y drástica reducción del valor inicialmente fijado a la vivienda a que ya nos hemos referido) la esposa siguió admitiendo durante más de tres años la compensación entre alimentos y plazos de devolución de la deuda por ella reconocida. Ante estos actos de las partes, ha de considerarse absolutamente correcta la conclusión del tribunal de instancia respecto a la procedencia de la inversión de la carga de la prueba.

IV. DIVISIÓN DE COSA COMÚN

1. *Procede declarar la división de la comunidad existente entre los esposos litigantes sobre el aparcamiento y vivienda, cuyo uso tiene atribuido la esposa demandada por decisión judicial, sin que la cesación de la comunidad afecte al derecho de uso que ha de ser mantenido en caso de venta de la cosa en pública subasta.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de abril de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Andrés interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Cristina solicitando se dicte sentencia por la que se declare la procedencia de la acción de división de la vivienda y la plaza de parking objeto de este procedimiento y en su virtud se condene a la demandada a cesar en la indivisión de los inmuebles descritos, y en su caso disponer que se proceda a su venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, al objeto de repartir el precio que se obtenga por mitad entre los litigantes.
- D.ª Cristina contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinente, y terminó suplicando: “Que teniendo por

presentado este escrito con sus copias y los documentos adjuntos, se sirva admitirlo, unir la escritura de poder en la forma interesada, tenerme por comparecida y parte en la representación que ostento de D.^a Cristina, y tenerme por allanada en la acción de rescisión de la vivienda y la plaza de parking, objeto de este procedimiento, tal y como se detalla en el Hecho Primero de este escrito. Otrosí digo: Que para el hipotético supuesto de que el allanamiento formulado no prosperase, se tenga por contestada la demanda, en tiempo y forma, y en base a los mismos hechos que fundamentan el allanamiento, dándose por reproducidos, interesando en dicho supuesto el recibimiento a prueba. Otrosí digo: Que para el caso de no prosperar el allanamiento, y continuar el procedimiento planteado suplico que caso de acordarse su venta en pública subasta, se haga constar que existe una carga de atribución del uso de la misma a la demandada, en tanto no sea modificada por el Juzgado de Familia competente. Que dado que no ha existido ni temeridad ni mala fe, y producirse un allanamiento, a tenor del art. 523 no proceda imposición de costas”.

- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 25 de Barcelona dictó sentencia el 28 de marzo de 1995 estimando parcialmente la demanda declarando la procedencia de la división de los inmuebles descritos en el hecho segundo de la demanda párrafos 1.º y 2.º procediendo la venta a favor de la consorte D.^a Cristina por la cantidad que de acuerdo entre ambas partes se determine en ejecución de sentencia.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Barcelona dictó sentencia el 19 de junio de 1996 estimando el recurso interpuesto por D. Andrés, declarando haber lugar a proceder a la división de la cosa común instada por el actor sobre las propiedades indivisas de ambos litigantes referenciadas en los autos y objeto de esta acción, ya sea de común acuerdo entre los mismos o incluso mediante subasta pública con licitación de terceros extraños sin perjuicio del derecho de uso exclusivo de la vivienda conyugal que viene disfrutando la demandada en virtud de decisión judicial en aplicación del Derecho Civil de Familia, gravamen que en cualquier caso se daría a conocer a los eventuales licitadores, con preceptiva imposición de las costas de primera instancia a la parte demandada y sin haber lugar a hacer pronunciamiento en cuanto a las de la presente alzada en ambos casos por imperativo legal.
- D.^a Cristina interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que fue estimado en el particular referente a las costas de primera instancia, que se dejan sin efecto.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La recurrente alega infracción del art. 90 del Código Civil en relación con el art. 93 del mismo Cuerpo legal y se argumenta que la plaza de aparcamiento está vinculada a la obligación de alimentos a que se comprometió el actor-recurrido en el convenio regulador de los efectos de la separación suscrita por los litigantes. El Tribunal Supremo señala al respecto que, aparte de que tal cuestión no ha sido planteada en la instancia por lo que viene a constituir una cuestión nueva, los artículos del Código Civil que se invocan no son aplicables para resolver la cuestión sometida a debate, la extinción de la comunidad de bienes. Los efectos que pueda tener la extinción de la comunidad sobre la obligación alimenticia asumida por el actor frente a su hija, habrán de ser ventiladas en el juicio correspondiente y, en su caso, ante el Juzgado de Familia competente. En consecuencia se desestima el motivo.

En otro motivo se alega la infracción del art. 7 del Código Civil en relación con los arts. 400, 404 y 1062 del Código Civil, en relación a su vez con el principio de la buena fe del que pueden resultar lesionados los derechos reconocidos en sentencia de separación.

Dice la sentencia de esta Sala de 27 de diciembre de 1999 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 marzo 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”.

Visto el contenido del fallo pronunciado por el Tribunal de apelación, transcrito en el primer fundamento de derecho de esta resolución, se pone de manifiesto la total carencia de fundamento del motivo que ha de ser desestimado.

El motivo tercero alega infracción del art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento. Se argumenta que la sentencia recurrida acoge una petición realizada por la demandada-recurrente, mediante otrosí, que se protegiera el derecho de uso de la vivienda conyugal establecido en sentencia de separación y por ello no procede la imposición de las costas de 1.^a Instancia.

La antes citada sentencia de 27 de diciembre de 1999, ante una petición similar a la que en este litigio formuló la demandada, dice que: “Ello constituía una evidente reconvencción implícita que debió dar lugar en el momento procesal oportuno a su tramitación con arreglo a derecho (art. 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) aunque una omisión de tal relevancia podría dar lugar a una solución de mayor gravedad (nulidad de actuaciones), sin embargo, habida cuenta de que no hay indefensión porque el tema fue tratado en el proceso..., y que no se produce ninguna desarmonía en el proceso y que la cuestión es valorable como excepción, y su eventual acogida sólo opera en el sentido de limitar el alcance de los efectos de la división”.

Dada esta caracterización de la alegación formulada por la demandada aquí recurrente y que la misma fue acogida por la sentencia impugnada, no se puede entender, como hace la Sala *a quo*, que hubo una estimación total de la demanda, por lo que ha de acogerse este motivo con las consecuencias pertinentes en relación al pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia al ser aplicable el párrafo segundo, no el primero, del art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

V. CUESTIONES PROCESALES

1. *Rescisión de la sentencia de divorcio dictada sin haber intervenido en el proceso la esposa, sin haber existido el más mínimo esfuerzo en hallar su paradero, y sin que esta hubiese tenido conocimiento de la sentencia dictada hasta que se interpuso el recurso de revisión.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Dushant presentó demanda de divorcio contra D.ª Duru en fecha 11 de noviembre de 1996 y recayó sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria en fecha 7 de marzo de 1997 constitutiva de divorcio con fundamento en la causa tercera del art. 86 del CC sin especificar el tipo y subtipo de los varios que comprende dicha causa.
- D.ª Duru interpuso recurso de revisión contra dicha sentencia, en el que tras la exposición de hechos y fundamentos de derecho suplicó que se dictara sentencia dando lugar a la rescisión de la resolución firme impugnada; devolviéndose el depósito constituido a esta parte y los Autos al Juzgado de procedencia con certificación del fallo para que la solicitante use de su derecho, según le convenga, en el juicio correspondiente.
- Admitido a trámite dicho recurso por Providencia se ordenó traer a la vista los antecedentes del pleito cuya sentencia se impugna y emplazar a los que en él hubieren litigado.
- D. Dushant se personó y presentó escrito de contestación en el que tras la exposición de los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, suplicó se dictara sentencia declarando improcedente el recurso, con expresa condena en costas a la parte recurrente.
- Se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal el cual en su informe acordó la estimación del recurso de revisión solicitada.
- El Tribunal Supremo estimó el recurso de revisión acordando rescindir la sentencia dictada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El recurso de revisión se basa en el motivo cuarto del art. 1796 de la LEC por entender que se había obtenido mediante maquinación fraudulenta.

Son de destacar una serie de hechos, admitidos por las partes o probados documentalmente, anteriores a la demanda, entre la demanda y la sentencia y posteriores a ésta.

— Predemanda. No consta desavenencia alguna; tampoco se alega; se manifiesta, como simple manifestación sin acreditación ni concreción, por el marido (demandante del divorcio) que la esposa (demandante de revisión), tenía “la cultura y costumbres tradicionales de su raza” (*sic*); ambos son hindúes. No consta separación de hecho alguna; consta que en estancias que el esposo pasó en el Reino Unido, hubo entre marido y mujer correspondencia, conversaciones telefónicas e incluso convivencia en tal país; hubo asimismo convivencia en el domicilio conyugal en Las Palmas; también en estancias de la esposa en la India, desde donde igualmente hubo comunicación telefónica.

— Demanda-sentencia. En el período de duración del proceso, la esposa es declarada en rebeldía y se dicta sentencia que se notifica por edictos. No aparece en ningún momento que se hallara en domicilio desconocido; no aparece investigación alguna hecha por el órgano judicial.

— Postsentencia. Una vez dictada la sentencia de divorcio, consta la existencia de correspondencia amorosa, de claro carácter íntimo, entre los esposos, pese a que el matrimonio se ha declarado disuelto; en toda la correspondencia se da por supuesto el matrimonio. La esposa sigue teniendo disponibilidad de la cuenta corriente cuya titularidad correspondía al esposo. Consta que hubo convivencia en el domicilio conyugal de Las Palmas. Por último, aparece acreditado un deterioro de las relaciones conyugales dos años y medio después de la sentencia de

divorcio y la esposa es expulsada del hogar conyugal.

El art. 1796.4.º de la LEC prevé la revisión de una sentencia firme cuando se hubiere ganado injustamente en virtud de... maquinación fraudulenta. No siempre es posible la prueba directa de la maquinación; pero la prueba indirecta es bastante para apreciarla, como ocurre en el presente caso. La maquinación aparece de toda una serie de actos que acreditan rotundamente que la esposa, como demandada en un proceso de divorcio, estuvo ajena al mismo, antes, durante y después: ni hubo incidencias que hicieran pensar en una futura crisis matrimonial, ni hubo el más mínimo esfuerzo por hallar en el proceso de divorcio el paradero de la esposa demandada, ni hubo conocimiento por la esposa de la sentencia constitutiva del divorcio hasta que interpuso la demanda de revisión.

En otras palabras; el esposo demandante del divorcio organiza el proceso, contra su esposa, sin que antes hubiera motivo, sin que durante el mismo se enterara y sin que después lo supiera; cuando obtiene la sentencia, no se la comunica, mantiene la convivencia conyugal, hasta que un día la rechaza. El rechazo de la mujer propia es la definición de repudio que da el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia española. El organizar el proceso, como se ha expuesto, es la maquinación fraudulenta, según el concepto que siempre se ha desarrollado jurisprudencialmente: evidencia que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurre un nexo causal eficiente ante el proceder malicioso y la resolución judicial (SS. 9 de diciembre de 1999 y 14 de diciembre de 2000); la actuación judicial desconocida por la esposa, la puso en una situación de franca indefensión a la parte, ahora recurrente, provocando con ello una ausencia total de tutela judicial efectiva, situación proscribida por el

art. 24.1 de la CE (S. de 23 de septiembre de 1998).

En relación con este derecho constitucional, el TC ha tenido ocasión de reiterar la prudencia del empleo del emplazamiento edictal, destacando la subsidiariedad de éste y alertando de la fácil posibilidad de la maquinación (SS. 65/2000, de 13 de marzo; 232/2000, de 2 de octubre; 254/2000, de 30 de octubre; 268/2000, de 13 de noviembre; 42/2001, de 12 de febrero; 77/2001, de 26 de marzo).

Por todo ello, pues, procede dar lugar a la revisión, aceptando, como no podía ser menos, el concepto restringido que debe darse a la misma, por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza (SS. 2 de febrero de 1999 y 3 de febrero de 1999), criterio sumamente restrictivo, ya que en caso contrario el principio de seguridad jurídica proclamado en el art. 9.3 de la CE quedaría totalmente enervado (SS. 12 de mayo de

1999 y 30 de octubre de 1999), requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la instancia (S. de 22 de septiembre de 1998 y 25 de junio de 1999), sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia, con un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta (SS. de 30 de junio de 1999 y 28 de septiembre de 1999).

Con este criterio tan restrictivo y sin haberse hecho un nuevo enjuiciamiento sobre el divorcio, procede rescindir la sentencia que constituye éste por apreciarse una maquinación fraudulenta para obtenerla, probada por la declaración de rebeldía y constatada por hechos anteriores y por insólitas conductas posteriores. Debe, pues, dictarse sentencia conforme prevén los arts. 1806 y ss. de la LEC.

2. *Estimación del recurso de revisión interpuesto por la esposa con base en la aportación extemporánea de un informe pericial psicológico con el fin de inducir a error al órgano judicial, que no fue sometido a contradicción y en virtud del cual se basó la sentencia recurrida que al final atribuyó la guarda y custodia de los hijos al padre.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de marzo de 2002.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª M.ª del Carmen formuló demanda de separación que se siguió ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Majadahonda dictándose sentencia el 7 de abril de 1999 por la que se acordó la separación y se establecieron entre otras las siguientes medidas: “Los hijos menores de edad quedarán bajo la

guarda y custodia de ambos progenitores, por períodos de 3 meses para cada uno de ellos, de forma compartida, manteniéndose las visitas de fines de semana alternos con el progenitor que en ese momento no tenga la custodia así como un día entre semana de la que no le corresponda visitas que en defecto de acuerdo, será el miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas; la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, eligiendo los períodos en los años pares la madre y en los impares del padre”.

- Dicha sentencia fue revocada por la AP de Madrid, Sec. 22.^a en su sentencia de fecha de 5 de noviembre de 1999 en el sentido de que en el caso no cabe conceder la guarda y custodia de los hijos de manera compartida a los padres, ni de manera alternativa por tres meses, y en su lugar se otorga la guarda y custodia al padre compartiendo ambos progenitores la patria potestad. Se fija a favor de la madre un régimen de visitas de fines de semana alternos desde el viernes a las 18 horas al domingo a las 21 horas y mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa y un mes de Verano que fijarán las partes de común acuerdo y en su defecto elegirán los períodos el padre en los años impares y la madre en los pares; el uso del domicilio familiar se concede a los hijos y al padre como guardador; el señalamiento de la cuantía de la pensión de alimentos de los hijos a cargo de la madre queda pendiente de determinarse en sede de ejecución de sentencia cuando se acredite que la madre trabaja y percibe ingresos, razón por la que el padre deberá hacer frente a los demás gastos de los hijos como de la sociedad de gananciales y sin que proceda hacer ningún pronunciamiento más. No cabe hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguna de las partes”.
- D.^a Carmen presentó escrito de formalización del recurso extraordinario de revisión contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando a esta Sala: “...dictar en su día sentencia en la que estime procedente la revisión solicitada, rescindiendo en todo la sentencia impugnada, y la devolución de los autos a la Sala *a quo* para que dicte nueva resolución”.
- El Tribunal Supremo estimó el recurso de revisión y rescindió y anuló en todo la sentencia dictada por la AP con reserva a las partes y según les convenga el uso de su derecho en el juicio correspondiente.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Fundamenta la recurrente su recurso en el artículo 1796.4 de la LEC, ya que la sentencia recurrida se dictó a virtud de maquinación fraudulenta realizada por la parte

contraria al aportar un informe psicológico, que al no ser admitido formalmente, no pudo argüir nada sobre él, y sobre todo porque en dicho informe se fundamentó la *ratio de-*

cidendi de la sentencia, que ahora se pide su revisión.

Para una perfecta resolución de la cuestión planteada es preciso tener muy en cuenta los siguientes datos:

a) En el fundamento tercero de la sentencia recurrida en revisión se dice literalmente, que “de conformidad con la doctrina de esta Sala, constante y pacífica desde noviembre de 1992, que en la siempre ardua y delicada decisión encomendada al Juez de asignar la custodia de los hijos a uno u otro cónyuge en caso de crisis de su unión y reclamando ambos dicha trascendental función se hace sumamente difícil, y más desde la perspectiva del recurso de apelación, resolver tal cuestión cuando no se ha gozado de privilegiado principio de la inmediatez; ahora bien, en el caso el problema queda grandemente aliviado al existir en autos pruebas varias y entre ellas la privilegiada del informe psicológico de la perito judicial adscrita al Juzgado que permiten, sin lugar a dudas, decantarse a favor de una u otra parte. En efecto, del estudio de las actuaciones, del examen y estudio detallado de cada prueba y valorada toda ella en su conjunto procede conceder la guarda y custodia de los hijos al padre pues como decíamos existe en los autos al folio 386 informe pericial psicológico, extenso e intenso de contenido”.

b) El referido informe psicológico y que obra al folio 386, no es un informe psicológico prestado por perito judicial, ya que no fue propuesto en forma, ni realizado por perito designado judicialmente y, desde luego, ni ratificado ante presencia judicial con la necesaria intervención de la contraparte, para que hiciera las oportunas alegaciones en pro de su pretensión.

c) Que en autos obra otro informe pericial, que sí es el practicado por orden judicial con arreglo a normas procesales, en el que sí han intervenido las partes, y que es en absoluto contrapuesto al informe anterior.

Es ahora, señala el Tribunal Supremo, el momento de subsumir dichos elementos fácticos —incontrovertidos— en el tipo que establece el artículo 1796.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para ello hay que tener en cuenta, y como principio, la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala, que establece que la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurre un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial (SS. de 8 de noviembre y 5 de diciembre de 1995 como epítomes y entre otras muchas más).

Y en el presente caso la parte ahora recurrida, introdujo en la contienda judicial un elemento —el informe psicológico del folio 386— en un momento extemporáneo y de manera tal que no pudiera ser controvertido, con el fin torticero de inducir a error al órgano judicial, como así por desgracia ocurrió, lo que motivó la construcción de una *ratio decidendi* que provocó el fallo de la sentencia recurrida.

Todo lo anterior significa una mala fe procesal, ya que como indica el Tribunal Constitucional *a contrario sensu*, en su sentencia 108/1985, de 8 de octubre, “no puede quebrantarse con conductas interesadas llevadas al proceso, el principio de buena fe que está incluido en el orden público”.

Y así es lógico que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial diga que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe.

Es cierto, que el principio de buena fe —cuyo aspecto negativo fundamenta la maquinación fraudulenta como causa de revisión— como todo concepto jurídico indeterminado, no se puede definir con generalidad, y será preciso el estudio personalizado de cada caso por caso para su determinación, sobre todo porque para ello no se puede utilizar el método declarativo de la analogía.

Y en concordancia con lo anterior, hay que afirmar que en el presente caso, introducir —como se ha hecho— en los autos de una manera subrepticia e ilegal —sistema que debe ser erradicado tajantemente del uso forense— un documento que solo puede inducir al error o a tergiversar el *tema deci-*

dendi, indica connotaciones de clara mala fe procesal, que sirve de base a la maquinación fraudulenta antedicha. Aportación documental, por otra parte, interdictada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala (Sentencias de 1 de abril de 1986 y 24 de julio de 1998, entre otras).

VI. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

1. *Reconocimiento del divorcio decretado en Cuba ante Notario y sin intervención judicial, habida cuenta que en dicho país y a tenor del derecho cubano parece desprenderse que la intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo disenso sobre el vínculo matrimonial, sino que se le atribuyen competencias en cuanto a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujetos la ruptura del vínculo y los efectos derivados de él en orden a los hijos menores comunes, ello dentro de un determinado procedimiento al que de modo preceptivo deberán acomodarse las solicitudes de divorcio de mutuo acuerdo.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Auto de 11 de diciembre de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Odalys formuló demanda de exequátur de la escritura de 13 de mayo de 1997, autorizada por la Notario de la ciudad de La Habana, República de Cuba, por la que se dispuso el divorcio de mutuo acuerdo entre ella y D. Luis Antonio.
- El matrimonio disuelto había sido celebrado en Plaza de la Revolución (La Habana), República de Cuba, el 11 de diciembre de 1992 e inscrito en el Registro Civil español.
- Los contrayentes eran cubana —la mujer— y español —el varón— y residentes en la República de Cuba y España, respectivamente; al tiempo de

promover el proceso de divorcio en la República de Cuba, conservaban sus respectivas nacionalidades; cuando pidió justicia a esta Sala, la solicitante era española y residente en España.

- Se han aportado los documentos siguientes: copia autenticada y legalizada de la escritura; certificado de inscripción del matrimonio en el Registro Civil español.
- El Ministerio Fiscal dijo que no se oponía al exequátur solicitado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No habiendo tratado con la República de Cuba en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias que resulte aplicable, debe estarse al 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— al no estar acreditada la reciprocidad negativa (art. 953 de la citada Ley).

Resulta probada la firmeza de la decisión, según la Ley del Estado de origen aplicable al caso; dicho requisito viene exigido, cualquiera que sea el régimen de reconocimiento, por el artículo 951 (de la citada Ley) —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 Ley) 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, se tiene por probado que el divorcio fue promovido conjuntamente por ambos 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. Por otra parte,

esta Sala mediante Autos de 1 de octubre y 19 de noviembre de 1996, seguidos después por los de fecha 15 de diciembre de 1998, 21 de febrero de 1999, 31 de octubre de 2000 y 14 y 21 de noviembre de 2000, despejaba cualquier duda que dicho tipo de divorcio pudiera plantear respecto de su adecuación al orden público, por cuanto del tenor del derecho cubano parece desprenderse que la intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo consenso sobre el vínculo matrimonial, sino que se le atribuyen competencias en cuanto a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujetos la ruptura del vínculo y los efectos derivados de él en orden a los hijos menores comunes, ello dentro de un determinado procedimiento al que de modo preceptivo deberán acomodarse las solicitudes de divorcio de mutuo acuerdo. De esta suerte, no cabe desconocer en la intervención notarial la existencia de un cierto ejercicio de funciones de verificación traídas del ordenamiento de origen, que atribuye a los fedatarios competencias en tal materia, al parecer, de manera exclusiva, de modo que no puede decirse que el divorcio así obtenido repugne al orden público interno, concepto este que se ha ido desarrollando hasta cobrar un contenido netamente constitucional, comprensivo de los principios jurídicos y derechos constitucionalmente consagrados (SSTC 54/1989 y 132/1991, entre otras), lo cual posibilita el reconocimiento de la escritura notarial que lo declara, en línea con la postura mantenida por la Sala ante casos en

los que, como el presente, no interviene un órgano jurisdiccional en su concesión sino una autoridad o funcionario de distinto orden con competencia para ello de acuerdo con el ordenamiento de origen [vid. AATS 2-7-1996, 16-7-1996, 19-11-1996, 4-2-1997, 24-6-1997, 24-11-1998 (exeq. n.º 3219/1998), 15-12-1998 (exeq. n.º 3602/1998), 30-03-1999 (exeq. n.º 4501/1998), 15-06-1999 (exeq. n.º 3975/1998), 7-09-1999 (exeq. 91/1999 y 2700/1999), 16-05-2000 (exeq. n.º 4083/1999), 31-07-2000 (exeq. n.º 1907/2000) entre otros].

La autenticidad del documento que recoge la declaración de divorcio, según exige el artículo 954.4.º, está garantizada por la legalización con la que se ha diligenciado y tal y como obra en autos.

No hay razón para considerar que haya habido una búsqueda fraudulenta de las partes de un foro de conveniencia habida cuenta de la nacionalidad cubana de la esposa y el lugar de celebración del matrimonio, razones éstas que permiten considerar fundada la competencia de la Autoridad 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.

2. *Denegación del exequátur solicitado por el padre que pretende ejecutar en España una sentencia dictada en el Reino Unido y que le atribuía la guarda y custodia del hijo al no acreditarse la firmeza de la resolución que se pretende ejecutar y existir un procedimiento de separación en España en el que se ha dictado un auto de medidas provisionales que es contradictorio con la resolución a ejecutar, con lo que se contraría el orden público.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 20 de marzo de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Robert presentó solicitud de declaración de ejecutoriedad de la resolución de fecha 15 de marzo de 1999 dictada por la High Court of Justice, Family Division, de Londres, Reino Unido, en el asunto núm. CA 48 de 1999, por la cual se autorizaba a la allí demandante, D.ª Janis, a que desistiese del procedimiento iniciado por ella, y se disponía un régimen de visitas respecto del menor Callum, hijo común de ambos.
- Al tiempo de efectuar la solicitud de exequátur, el demandante era nacional del Reino Unido y residía accidentalmente en Mijas, España.
- Por Providencia de fecha 6 de junio de 2000, y después de oír al Ministerio Fiscal, se acordó requerir a la parte solicitante para que, entre otros extre-

mos, acreditase la firmeza de la resolución por reconocer, y se dispuso la citación y emplazamiento de la parte frente a la que se pretende la declaración de ejecutoriedad, D.^a Janis, a los efectos de ser oída, conforme a lo establecido en el art. 956 de la LEC de 1881.

- Transcurrido el término del emplazamiento sin que aquélla se hubiese personado en los autos, se acordó oír nuevamente al Ministerio Fiscal por término de nueve días. Este, en su dictamen de 17 de octubre de 2000, dijo que no procedía el exequátur solicitado, a la vista del procedimiento de separación que se seguía en España, en donde se habían acordado medidas provisionales por cuya virtud se confería a la madre del menor su guarda y custodia, y a la vista de los procedimientos entablados ante los tribunales ingleses con motivo de la sustracción del menor.
- Por Providencia de fecha 12 de diciembre de 2000 se acordó requerir nuevamente a la parte solicitante para que acreditase la firmeza de la resolución por reconocer. En una Providencia posterior, de fecha 22 de mayo de 2001, se acordó reclamar del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola la urgente remisión del testimonio íntegro de los autos de separación núm. 238/1998 y de la pieza de medidas provisionales núm. 313/1998.
- Recibidos los testimonios solicitados, se dio vista de lo actuado a la parte solicitante y al Ministerio Fiscal por término de cinco días para que alegasen lo que estimaran conveniente. La parte solicitante dejó transcurrir el plazo concedido sin hacer alegación alguna; el Ministerio Fiscal, por su parte, reiteró la improcedencia del exequátur solicitado, por las mismas razones expuestas en su anterior dictamen de 17 de octubre de 2000.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Para resolver sobre la declaración de ejecutoriedad de la resolución dictada por la High Court of Justice, Family Division, de Londres, Reino Unido, de 15 de marzo de 1999, se ha de estar a los términos del Convenio del Consejo de Europa núm. 105, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, del que son parte tanto Reino Unido como España, que fue ratificado en nuestro país el 9 de mayo de 1984 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 1 de septiembre de 1984. El régimen establecido en dicho Convenio desplaza al autónomo de la LEC de 1881

—que se mantiene en vigor no obstante la vigencia de la LEC 1/2000, de 7 de enero, habida cuenta de lo establecido en su Disposición Derogatoria Única, apartado 1.º, punto 3.º—, según lo dispuesto en el art. 951 de la misma ley, aplicable atendida la fecha de la solicitud de exequátur (art. 2.º LEC 2000, en relación con la Disposición Transitoria Segunda).

Ante todo debe ponerse de manifiesto la falta de acreditación de la firmeza de la resolución de cuya homologación se trata, requisito exigible tanto en el régimen uniforme como en el autónomo, y que la parte demandante no ha logrado probar pese a los

reiterados requerimientos de esta Sala dirigidos a tal fin. Pero con independencia de ello, concurren otras razones que abonan la denegación del exequátur pretendido, y que seguidamente se exponen. Para ello, resulta conveniente tener a la vista las circunstancias que a continuación se detallan, que resultan relevantes para la decisión, y que se destacan de entre el cúmulo de actuaciones judiciales de distinto signo entabladas ante diferentes tribunales, tanto del Reino Unido como de España, demostrativas de por sí del grado de tensión alcanzado en las relaciones entre los progenitores del menor y de la dificultad de convenir entre ellos el régimen de guarda, custodia y visitas al que habrían de quedar sometidos, dificultades que, claro está, afectan negativamente al superior interés del hijo.

La resolución que se pretende ejecutar en España se dictó en el curso de un procedimiento promovido por la madre del menor ante los tribunales británicos al amparo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y de las Leyes internas de Reino Unido relativas a la sustracción de menores y su custodia, de 1985 y 1989, y que tenían por objeto la restitución del menor con fundamento en el auto de medidas provisionales dictado por el Juez de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola con fecha 22 de febrero de 1999, en el curso del proceso de separación promovido por quien también aquí es demandante. En esta resolución se acordaba atribuir a la madre del menor la guarda y custodia, así como el uso de la vivienda familiar, estableciéndose un régimen de visitas en favor del padre. Con fecha 26 de octubre de 1999 se dictó sentencia de primera instancia en dicho juicio de separación mediante la que se estimaba en parte la demanda y también en parte la demanda reconvenzional formulada por la demandada, D.^a Janis, decretándose la separación de los cónyuges y estableciendo que el menor quedaría bajo la guarda y custodia de la madre, entre otras medidas definitivas. Dicha sentencia fue apelada por el

demandante, por lo que las medidas provisionales adoptadas con anterioridad quedaron subsistentes en tanto se resolvía la apelación, lo cual tuvo lugar el día 26 de diciembre de 2000, fecha en la que la Audiencia dictó sentencia que confirmó íntegramente la de primera instancia, sentencia que tiene el carácter de firme. Con anterioridad, el 4 de abril de 2000, la Honorable Jueza Presidenta de la High Court of Justice, Family Division, de Londres, había dictado en un nuevo proceso de restitución del menor —promovido por la madre como consecuencia del incumplimiento del régimen de guarda y custodia y visitas por el padre— una muy fundada resolución por la que, tras analizar con detalle la compleja situación creada, y tras valorar el contenido de las resoluciones recaídas en el curso del proceso de separación en España y que la residencia habitual del menor se hallaba en nuestro país, se acordaba la restitución de éste a España.

La parte solicitante indica en su escrito de demanda de exequátur que la resolución que se pretende homologar confiere la guarda y custodia del menor al padre, estableciendo un régimen de visitas en favor de la madre. En rigor, del tenor de la resolución no se desprende ese contenido, si bien se infiere del conjunto de los documentos aportados a los autos que la misma se dictó como consecuencia de un acuerdo o convenio entre las partes mediante el cual la madre desistía de las reclamaciones judiciales planteadas en el Reino Unido para lograr la restitución del menor y aceptaba el régimen de visitas allí dispuesto, debiendo entenderse, pues, que la guarda y custodia se atribuía al padre. No es este el lugar de analizar si dicho acuerdo, autorizado por el tribunal británico en la resolución que se presenta para ser homologada, fue convenido voluntariamente o alguna de las partes —la madre del menor, en concreto—, estuvo sometida a algún tipo de presión o coacción, como en algún momento parece desprenderse de los documentos aportados a las actuaciones. Tampoco cabe aquí examinar el cumpli-

miento de dicho acuerdo y analizar las consecuencias de su eventual incumplimiento, objeto de otras actuaciones judiciales; si acaso, cabe tener a la vista tales circunstancias en la medida en que sirvan para apreciar cuál es el interés del menor que debe quedar protegido. Lo relevante en este caso es que a la fecha de la solicitud de exequátur estaba en curso un proceso de separación en cuyo seno se habían dictado unas medidas provisionales cuyo contenido es radicalmente opuesto al de la resolución por reconocer, y que en el momento de decidirse sobre su homologación ha recaído sentencia firme que confirma tales medidas. Así las cosas, la incompatibilidad entre la resolución foránea y las dictadas en España impide la homologación de aquella, conforme al art. 10.1.d) del Convenio de 20 de mayo de

1980, del mismo modo que lo impediría bajo el régimen autónomo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues dicha inconciliabilidad constituye motivo de orden público procesal. Y la denegación de la declaración de ejecutoriedad se encuentra aquí además avalada porque así lo aconseja en interés del menor, teniéndose en cuenta que su residencia habitual se halla en España, en donde parece haberse integrado y en donde reside su padre, y teniéndose en cuenta también las manifestaciones de éste a presencia del Magistrado Juez que conocía del proceso de separación en España, y, en fin, las circunstancias de toda índole que se han puesto de manifiesto en el curso de los diversos procesos judiciales, especialmente en el de separación cuyo testimonio íntegro se ha tenido a la vista para dictar esta resolución.

3. *El Tribunal Supremo declina su competencia para conocer de un exequátur al ser de aplicación el Reglamento 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, habida cuenta que cuando se dictó la sentencia que se pretende reconocer ya estaba en vigor dicho Reglamento, siendo indiferente que no estuviese vigente cuando se inició el procedimiento de divorcio.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Auto de 9 de abril de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Felipe formuló demanda de exequátur de la sentencia de 27 de abril de 2001, dictada por el Tribunal de Gran Instancia de Nancy, Francia, por la que se pronunció el divorcio de mutuo acuerdo entre su representado y doña Valerie Eliane.
- El matrimonio disuelto había sido celebrado en Nevres Maisons (Meurthe et Moselle), Francia, el 19 de diciembre de 1998 e inscrito en el Registro Civil español.

- Los contrayentes eran español —el varón— y francesa —la mujer— y residentes en España y Francia, respectivamente; al tiempo de promover el divorcio ante la Jurisdicción francesa, la esposa residía en Francia; cuando pidió justicia a esta Sala, el demandante era español y residía en España. Se han aportado los documentos siguientes: copia auténtica de la ejecutoria que se pretende reconocer, debidamente traducida; certificación acreditativa de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español.
- Por Providencia de fecha 22 de enero de 2002 se acordó oír a la parte solicitante sobre la aplicabilidad del Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 al presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 48.3.º de la LECiv 1/2000, presentando escrito, de fecha 7 de febrero último, en el que manifestaba, en síntesis, que “...en el presente caso dicho Reglamento no es aplicable, ya que tanto la demanda de divorcio como los efectos del divorcio son anteriores a la entrada en vigor del mismo, y tal y como establece el art. 42.1 del Reglamento: ‘Este Reglamento sólo será aplicable (...) durante un proceso con posterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento. Y el citado artículo en su párrafo 2 se contradice con el primero y tampoco le es de aplicación al presente caso, ya que cuando se interpuso la demanda de separación, las normas que se aplicaron para determinar la competencia fueron las establecidas en la Ley de Procedimiento Civil Francesa, y no las del Capítulo II de este Reglamento y más siendo así que este Reglamento no estaba aún en vigor; y el segundo caso tampoco cabe ya que no existe ningún Convenio entre Francia y España’”.
- El Ministerio Fiscal informó que “...Consecuentemente, interesa que, al amparo del artículo 955 II LECiv/1881 (en vigor por lo establecido en la disposición derogatoria única 1.3.ª de la nueva LECiv) y las normas citadas del Reglamento (CE) núm. 1347/2000, por esta Excma. Sala se declare la aplicabilidad del referido Reglamento a la presente demanda de *exequátur*; y no pronunciándose sobre la misma, prevenga a la parte para que use de su derecho ante el Juzgado de Primera Instancia que corresponda”.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 42.1.º y 2.º, 46 y 2.1.º y el Anexo I del Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 (que entró en vigor el 1 de marzo de 2001), “será de aplicación tanto a las acciones ejercitadas con posterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento, como a las resolucio-

nes judiciales dictadas después de la fecha de entrada en vigor como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a la misma, señalando como autoridad competente para España los Juzgados de Primera Instancia”. Por ello, y habida cuenta que la sentencia cuyo reconocimiento se pretende se dictó el 27 de abril de 2001, estando ya

vigente el citado Reglamento, se ha de afirmar la aplicabilidad del referido Reglamento y, en consecuencia, la incompetencia de esta Sala para conocer del exequátur solicitado.

El carácter de *ius cogens* de las normas reguladoras de la competencia objetiva exige el examen de oficio de tal competencia por el órgano jurisdiccional que conozca del asunto, razón por la que, conforme dispone el art. 48.1.º de la LECiv 1/2000 (que dispone que “la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el Tribunal que esté conociendo del asunto”), que en este punto ha de ponerse en relación con el art. 56.4 de la LOPJ, la Sala habrá de abstenerse de conocer si, oído el Ministerio Fiscal y las partes personadas, se considera incompetente *ratio materiae*,

previniendo entonces a las partes de que usen su derecho ante quien corresponda.

Es territorialmente competente el Juez del domicilio del demandado en defecto de otro fuero, siempre que dicha parte tenga domicilio en España; en todo caso, queda íntegra la competencia del Juzgado de Primera Instancia del Registro civil en el que esté inscrito el matrimonio para la ejecución en sentido impropio, en defecto de cualquier otro foro que resulte aplicable, respecto de lo cual, se ha de tener presente lo dispuesto en los artículos 12, 15 y 18, párrafo primero de la Ley del Registro Civil de fecha 8 de junio de 1957, conforme a los cuales en el Registro Civil Central se inscribirán los hechos para cuya inscripción no resulte competente otro Registro, y en donde se llevarán los libros formados con los duplicados de las inscripciones consulares.

VII. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

1. *Condena por responsabilidad extracontractual a un menor de diecisiete años que golpea con un balón a otra menor causándole lesiones, ya que dicho menor reunía la suficiente capacidad volitiva e intelectual como para comprender la trascendencia de sus actos y sus posibles riesgos y resultados.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 27 de julio de 1992, con ocasión de hallarse D.ª Patricia sentada en un banco del jardín municipal sito en el Paseo P. de Alcalá de los Gazules (Cádiz) recibió un fuerte golpe en el lado derecho de la cara al ser golpeada por

un balón de cuero impulsado por D. Mariano, de 17 años de edad, el cual se encontraba jugando con dicha pelota en las inmediaciones en unión de unos amigos.

- A consecuencia del impacto, D.^ª Patricia, de 16 años de edad, sufrió lesiones en el ojo diagnosticadas como “maculopatía cistoide con agujero lamelar postedema de Berlín y hemorragias en periferia de retina inferior” que le acarrearón como secuela la pérdida de visión casi total de dicho ojo con carácter irreversible.
- D.^ª Georgina, que a su vez actúa en nombre de su hija menor D.^ª Patricia, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra el menor Mariano, sus padres D. Eusebio y D.^ª Dulce, y el Ayuntamiento de Alcalá de los Gazules (Cádiz), alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia “condenando a pagar la suma de quince millones de pesetas a D.^ª Georgina, representante legal de su hija menor D.^ª Patricia, con imposición de las costas de este Juicio”.
- El Ayuntamiento de Alcalá de Gazules contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia “por la que estimando la excepción propuesta declare la incompetencia de la jurisdicción ordinaria y de no apreciarse la misma dicte Sentencia por la que venga en absolver a mi representado de todos los pedimentos con la expresa condena en costas a la demandante”.
- Por Providencia de fecha 28 de junio de 1994, se declaró en rebeldía al resto de demandados, al haber transcurrido el término concedido para contestar a la demanda, sin haberse personado. Posteriormente, D.^ª Dulce, la madre del menor, presentó escrito personándose en el presente procedimiento.
- El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Chiclana de la Frontera dictó sentencia el 29 de diciembre de 1995 desestimando la demanda.
- En Grado de apelación, la Sec. 5.^ª de la AP de Cádiz dictó sentencia el 10 de julio de 1996 estimando parcialmente el recurso de apelación y condenando a D. Mariano y sus padres a abonar a los actores la cantidad de 10.000.000 pesetas, absolviendo al Ayuntamiento demandado.
- D. Eusebio y D.^ª Dulce interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alegan los recurrentes la vulneración de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad extracontractual, en relación con el art. 1902 por

aplicación o interpretación errónea de la Sentencia recurrida al considerar que nuestro sistema positivo recoge el principio de responsabilidad objetiva o por culpa indiscriminadamente.

En primer lugar es de señalar que la Sentencia de la Audiencia —que es la recurrida—, más allá de ciertas expresiones que no trascienden a la esencia de la decisión adoptada, no aplica en el caso la denominada doctrina de la responsabilidad por riesgo, la que exige un riesgo relevante y obviamente supone una acentuación del matiz objetivo de la responsabilidad, aunque sin circunscribir su apreciación al mero causalismo del resultado, por lo que carecen de consistencia los argumentos del recurso en relación con dicha doctrina.

Bien al contrario, la resolución recurrida fundamenta la condena en un criterio de imputación subjetiva, pues declara acreditada la negligencia de D. Mariano en el desarrollo de una actividad susceptible de crear el riesgo de daño para las personas según quienes intervengan y formas o modos de actuar. Y en orden a justificar la falta de diligencia razona que, para determinar la que es exigible, ha de atenderse no solo a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, sino también al sector del tráfico o de la vida social en que la misma se proyecta, y valora las circunstancias personales del agente (de diecisiete años, siete meses y veintidós días de edad) y factores psicológicos (capacidad tanto volitiva como intelectual suficiente para comprender la trascendencia de sus actos y los posibles riesgos y resultados de los mismos); por lo que colige que era previsible y evitable el resultado dañoso, de ahí la calificación de la conducta como culposa.

El Tribunal Supremo comparte plenamente la apreciación de la resolución recu-

rrida. El juego con una pelota no es de por sí susceptible de generar un especial riesgo de ilícitos extracontractuales, pero tampoco es tan inocuo como para que éstos no puedan surgir cuando, como ocurre en el caso, se dan determinadas circunstancias que justifiquen la apreciación de culpa extra contractual. Evidentemente se desarrollaba el juego en un lugar inidóneo (con independencia de que no hubiera un cartel o indicación prohibiéndolo); se utilizaba un elemento que no era una sencilla pelota, sino un balón de cuero (para más algo deshinchado —f. 183, dato que se precisa en ejercicio de la facultad de “integración del *factum*”—; se practicaba por jóvenes de una edad en que el impulso desplegado puede ser importante; y se impacta con violencia en una persona ajena al juego, que se hallaba en un lugar en el que para nada debían incidir los efectos del mismo. En tales circunstancias resulta incuestionable que era previsible la posibilidad de dañar, como ocurrió, a terceros no intervinientes, y fácilmente evitable de haberse ajustado la diligencia a las reglas de atención y cuidado exigibles, y sin que quepa aceptar la versión de que los jugadores se estaban pasando prudentemente uno a otro la pelota, pues, aunque así fuera, el impacto que dio lugar a las lesiones provino de un desplazamiento violento que revela que, al menos, en ese golpeo del balón no se actuó con la precaución que correspondía.

Con lo dicho se da adecuada respuesta a las alegaciones del recurso, debiendo únicamente añadirse que no consta argumento alguno en relación con la aplicación del art. 1903 CC, y ello tanto más si se tiene en cuenta lo razonado en relación con tal aspecto en la Sentencia recurrida, que no fue rebatido, y la presunción de culpa que establece el último párrafo de dicho precepto.

VIII. CUESTIONES FISCALES

1. *Aun participando de la sensibilidad social que le llevaría a asimilar los efectos jurídico-tributarios del matrimonio a las uniones de hecho estables o more uxorio, no se puede obviar, ni tergiversar, el estricto sometimiento a la Ley a que está obligada, en tanto que la presión social no sea lo suficientemente intensa como para inducir al Poder Legislativo al cambio que en este caso sería necesario, en la norma fiscal. Por ello, el hecho imponible en el supuesto que se enjuicia no es otro que la transmisión hereditaria de una serie de bienes entre dos personas que mantenían una convivencia de hecho, por lo que no puede considerarse producida una transmisión hereditaria de bienes entre personas casadas.*

Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sec. 2.^a, Sentencia de 8 de febrero de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Pujalte Clariana.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Sheila y D. Leonard convivieron *more uxorio* desde marzo de 1972 hasta la fecha del fallecimiento del segundo en el mes de marzo de 1987, cohabitando en los domicilios tanto de Londres, como de Sussex y de Palma de Mallorca. Durante esa época adquirieron un apartamento en Palma de Mallorca y unas cuentas corrientes en el “Banco S.”, del cual fue instituida heredera universal D.^a Sheila, en disposición testamentaria otorgada por el finado de 1976.
- Efectuada la liquidación de impuesto de sucesiones y no aceptándose, D.^a Sheila promovió recurso contra resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 6 de noviembre de 1991, que resolvía la impugnación sobre la liquidación del Impuesto sobre Sucesiones.
- El 2 de julio de 1996 la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia estimando el recurso y declarando que no es conforme a Derecho la resolución impugnada, anulándola y acordando que se proceda a practicar nueva liquidación en la que, una vez dividido el haber hereditario por mitades, se proceda a aplicar en la parte correspondiente a la recurrente la Tarifa del Impuesto sobre

Sucesiones prevista para los “cónyuges” (Tarifa I), y sin hacer especial pronunciamiento en orden a la imposición de costas”. Con arreglo a la tesis de la sentencia, “la parte correspondiente a la recurrente” tendrá el tratamiento propio de la adquisición de bienes procedente de la división de cosa común, y no la de masa hereditaria.

- El Abogado del Estado interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, confirmando íntegramente la resolución administrativa recurrida.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

En base a la acreditada convivencia de D.^a Sheila y D. Leonard durante más de quince años la Sala de instancia extraer dos consecuencias:

a) Que en este caso concreto y sin que una aconsejable prudencia permita ningún tipo de generalizaciones, la convivencia *more uxorio* permite atribuir a tal unión alguno de los efectos que el ordenamiento jurídico confiere a las uniones matrimoniales, en un intento de dotar y ofrecer un amparo jurídico a la parte más desprotegida de la unión, como asimismo han venido haciendo nuestras Leyes postconstitucionales en determinadas materias concretas.

b) Aceptada jurisprudencialmente la equiparación de la situación de hecho mantenida con una comunidad de bienes o sociedad patrimonial *sui generis*, y en aplicación de la normativa prevista en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, en el presente caso, se concreta que la unión de hecho mantenida entre la recurrente y el causante durante un dilatado plazo temporal, puede equipararse a una comunidad de bienes, como realidad fáctica que ha venido produciéndose a lo largo del tiempo, fácilmente constatable, y cuya disolución por fallecimiento de uno de los comuneros supone la división de los bienes, frutos y rentas que la integraban, sin que esta conclusión pueda resultar menoscabada por la objeción del Abogado del Estado respecto a que el único

inmueble existente en el caudal relicto fuese adquirido por el causante años antes (1967) de su unión de hecho con la heredera testamentaria.

Como acertadamente opone la parte recurrida, la sentencia de instancia, sin perjuicio de que entre sus citas y transcripciones haga alguna referencia a la sociedad de gananciales, no fundamenta en ella el régimen patrimonial de quienes constituían esta unión de hecho, sino que le atribuye el carácter de mera comunidad de bienes de los arts. 392 y siguientes del Código Civil, razón por la cual no puede haberse producido infracción de ningún precepto, ni de ninguna doctrina jurisprudencial, relativos a la sociedad de gananciales, ajena a la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada. Y tampoco puede entenderse que la recurrente se refiera a la infracción por inaplicación de tales preceptos, desde el momento que patrocina, precisamente, su inaplicabilidad al caso de autos.

El motivo básico de casación se propone al amparo del art. 95.1.4 de la Ley Jurisdiccional y denuncia la infracción del art. 30, apartados 1 y 2, y de las Tarifas 1.^a y 7.^a del Texto refundido de la Ley del Impuesto, aprobado por Decreto 1018/1967, de 6 de abril, aplicable por razón del tiempo y en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria 5.^a del Real Decreto legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre. Dice el art. 30 que las transmisiones de bienes, acciones

y derechos de todas clases que se verifiquen por herencia o legado tributarán con arreglo al grado de parentesco entre el causante y el causahabiente y la cuantía de la adquisición individual de éste.

Los grados de parentesco a que se refiere la Tarifa anexa a la Ley son todos de consanguinidad salvo la aplicación del núm. 3 de la Tarifa, y, en su caso, de la letra C) de la número 8, y han de regularse, así como las demás circunstancias relativas a la condición y capacidad de las personas, por la Ley Civil. Precepto que tenía su más amplio desarrollo en el art. 31 del Reglamento de 15 de enero de 1959.

Por su parte, la Tarifa número 1 se refiere a Sucesión a favor de descendientes legítimos y entre cónyuges, y establece una escala que va desde el 3% cuando la porción hereditaria oscile entre 0 y 10.000 pesetas, y el 21% cuando exceda de 100 millones. Por su parte, la Tarifa número 7 concierne a la Sucesión entre colaterales de grados más distantes [del cuarto grado] y personas que no tengan parentesco con el testador, oscilando entre el 58% en las porciones hereditarias comprendidas entre 0 y 10.000 pesetas, y el 84% en las que excedan de 100 millones.

A juicio del Abogado del Estado, la aplicación de la Tarifa número 1 a la sucesión entre convivientes *more uxorio* no unidos por vínculo matrimonial, infringe los preceptos transcritos, sin que sea posible la interpretación analógica de ellos para dar entrada a las uniones de hecho. El problema se reduce más aún si lo concretamos en torno a determinar si D.^a Sheila y D. Leonard eran “cónyuges” o, en otro caso, eran “personas entre las que no existe parentesco”, a efectos de la aplicación de estas Tarifas.

Según se desprende, entre otros, de los arts. 66, 67 y 68 del Código Civil el término “cónyuges” está referido a quienes se hallan unidos por matrimonio o, lo que es lo mismo, al hombre respecto de la mujer y a la mujer respecto del hombre, dentro del matrimonio; y, con arreglo a la Real Academia Española de la lengua, tal palabra tiene aná-

logo significado. Por tanto, la Tarifa número 1 solo contempla la sucesión entre quienes estén unidos por el matrimonio.

Es verdad que en nuestros días existen situaciones de convivencia *more uxorio* no prohibidas por la Ley e, incluso, en algún aspecto, amparadas por ella, lo cual no es el caso del Impuesto de Sucesiones. Es cierto, también, que la moderna tendencia social es atribuir la máxima plenitud de efectos a estas situaciones, tendencia a la que no es ajena esta Sala, pero que para cualquier Tribunal tiene el límite insalvable del sometimiento a la Ley. Frente a ello, la Sala de instancia acude a la “analogía” para justificar la aplicación de la Tarifa número 1, pero, como es sabido, la analogía requiere la concurrencia de tres condiciones: la primera, que exista una laguna legal respecto al caso de que se trate, de forma que éste no pueda decidirse ni según la letra ni según el sentido lógico de las normas existentes y, en este caso, es evidente que no hay tal laguna. Las Tarifas del Impuesto claramente contemplan el caso de personas que no tengan parentesco con el testador (Tarifa número 7), inexistencia de “parentesco” —en sentido jurídico— que se da en las uniones de hecho, que no pueden encuadrarse ni como parentesco por consanguinidad, ni por afinidad, ni por adopción.

La segunda condición es la existencia de igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el previsto por la ley. En este caso, la diferencia sustancial entre ambas situaciones está en el matrimonio. Es cierto, como ha dicho la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que cita la sentencia recurrida, que los convivientes son libres de contraer matrimonio o de no contraerlo. Si se casan, asumen una serie de cargas y obligaciones, pero también reciben ciertas ventajas o beneficios; si no se casan, están libres de aquellas cargas y obligaciones pero, por lo mismo, no pueden disfrutar las ventajas o beneficios que lleva implícita aquella situación. No hay, por tanto, igualdad jurídica esencial entre las uniones *more uxorio* y los casados.

La tercera y última condición es que la analogía no esté proscrita por la Ley. El art. 24.1 de la Ley General Tributaria en la versión aplicable al caso de autos (hoy, art. 23.3) dispone que: “No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones”. En sus estrictos términos, el hecho imponible en el supuesto que se enjuicia no es otro que la transmisión hereditaria de una serie de bienes entre dos personas que mantenían una convivencia de hecho; y es extender más allá de sus propios términos considerar producida una transmisión hereditaria de bienes entre personas casadas.

La Sala, aun participando de esa sensibilidad social que le llevaría a asimilar los efectos jurídico-tributarios del matrimonio a las uniones de hecho estables o *more uxorio*, no puede obviar, ni tergiversar, el estricto sometimiento a la Ley a que está obligada, en tanto que la presión social no sea lo suficientemente intensa como para inducir al

Poder Legislativo al cambio que en este caso sería necesario, en la norma fiscal.

Por ello, procede estimar el motivo de casación propuesto por el Abogado del Estado, y en consecuencia anular la sentencia recurrida.

La estimación del recurso de casación y, por ende, la anulación de la sentencia de instancia, lleva implícito, con arreglo al art. 102.1.3 de la Ley Jurisdiccional en la versión aquí aplicable, el pronunciamiento de la resolución que corresponda en los términos en que aparezca planteado el debate, por lo que, en el presente caso, debe resolverse que la liquidación por Impuesto sobre Sucesiones que corresponde practicar a D.^a Sheila como heredera testamentaria de D. Leonard, deberá girarse sobre la base del 50 por 100 de los bienes poseídos en común (que constituye el caudal hereditario del causante) y al tipo correspondiente de la Tarifa número 7 del Texto refundido de la Ley del Impuesto de 6 de abril de 1967.

IX. SUCESIONES

1. *El cómputo de los cuatro años para el ejercicio de la acción rescisoria de una donación por haberse efectuado en fraude de acreedores comienza desde la fecha de la inscripción del acto fraudulento en el Registro de la Propiedad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 13 de febrero de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 30 de marzo de 1988, la inspección de Tributos levantó actas a D. Miguel por distintos conceptos tributarios con una deuda total ascendente a 13.864.821 ptas.

- Al no ser satisfechas las deudas tributarias, las correspondientes providencias de apremio se notificaron al mismo el 12 de diciembre de 1988 y se decretó el embargo de sus bienes, el 7 de marzo de 1989, que sólo pudo tener por objeto 335.180 ptas. por saldos de cuentas bancarias, acreditándose que no se le conocían otros bienes, no obstante lo cual, hasta el 28 de junio de 1990, no se declaró la insolvencia del apremiado.
- D. Miguel mediante escritura pública otorgada el 26 de marzo de 1987, había donado a sus hijos D. Miguel, D. Enrique, D.^a Josefa y D.^a Nieves cuatro fincas valoradas en un total de 11.648.000 ptas. La escritura se presentó en el Registro de la Propiedad el 4 de mayo de 1988 y la inscripción se realizó el día 9 siguiente.
- Con fecha 5 de mayo de 1993 el Abogado del Estado interpuso demanda de menor cuantía contra D. Miguel, D. Enrique, D.^a Josefa y D.^a María de las Nieves y contra D. Miguel, solicitando se dicte sentencia por la que: “a) Se declare que los demandados D. Miguel, D. Enrique, D.^a Josefa y D.^a María Nieves deben responder, como donatarios, de las deudas del donante D. Miguel, al haberse realizado en fraude de acreedores la donación otorgada en su favor por el dicho deudor de la Hacienda Pública, en cuantía de 16.282.833 ptas. y se condene a los dichos demandados al pago de la referida deuda; b) Con carácter subsidiario, se rescinda por fraude de acreedores la donación otorgada por D. Miguel, en favor de sus hijos D. Miguel, D. Enrique, D.^a Josefa y D.^a María Nieves, autorizada por el Notario el 26 de marzo de 1988, con cancelación de las inscripciones registrales a que dicha escritura haya dado lugar; c) Se condene en costas a los demandados, con los demás pronunciamientos legales inherentes, si se opusieren a la presente demanda”.
- Admitida a trámite la demanda, ésta fue contestada por la representación de D.^a María Nieves, D.^a Josefa, D. Enrique y D. Miguel, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado: “...pronunciar Sentencia desestimando en todas sus partes la demanda formulada por la Abogacía del Estado y absolviendo de la misma a mis poderdantes. Todo ello con expresa condena en costas a la demandante”.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia dictó sentencia con el 17 de diciembre de 1993 desestimando la demanda imponiéndole las costas del procedimiento.
- En grado de apelación, la Sec. 6.^a de la AP de Valencia dictó sentencia el 24 de junio de 1996 desestimando el recurso.
- El Abogado del Estado interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Alega el Sr. Abogado del Estado que la razón básica por la que la Audiencia, confirmando la sentencia dictada en primera instancia, desestimó la acción rescisoria ejercitada por la Administración General del Estado, fue considerarla caducada por haber transcurrido el plazo de cuatro años establecido en el art. 1299.1.º del CC, extremo este decisivo y respecto al cual, para impugnar la sentencia, se argumenta en el motivo del recurso.

Sobre la base de los datos expuestos, ha de fijarse la fecha inicial del cómputo de los cuatro años que, conforme al art. 1299.1.º CC, dura la acción para pedir la rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores. A tal respecto, la sentencia impugnada llega a la conclusión “de que en mayo 1988, a lo más tarde, se hallaba la Hacienda en condiciones de ejercitar” las acciones revocatorias —recuérdese que la inscripción en el Registro de la Propiedad había de producir sus efectos a partir del día 4 de dichos mes y año—, y lo sostenido por la Administración ahora recurrente es, en síntesis, que el plazo de caducidad de que se trata “se debe computar desde que la Administración, y consecuentemente la Hacienda Pública, tuvo la certeza de que no había otra manera de cobrar lo adeudado por D. Miguel, sino recurriendo a la acción rescisoria del art. 1291.3.º del CC, derivada de la acción pauliana del art. 1111 del mismo Código, certeza que no pudo tener la Administración sino cuando se declaró la insolvencia del deudor”.

Estima el Tribunal Supremo que lo argumentado y decidido por la Audiencia Provincial es lo correcto y no infringe los preceptos legales y jurisprudencia invocados en el motivo, y ello por cuanto: A) Si bien el conocimiento anterior por el acreedor del negocio fraudulento —en el caso, la dona-

ción del padre a los hijos— posibilita el ejercicio de la acción rescisoria, lo decisivo es que —y éste es el sentido de la S. 16 de febrero de 1993 invocada por el propio Sr. Abogado del Estado— la inscripción en el Registro de la Propiedad ya garantiza el conocimiento pleno del acto fraudulento y, por lo mismo, el comienzo del plazo de caducidad de la acción, salvo prueba de conocimiento anterior, circunstancia que adelantaría el *dies a quo*, ha de estarse a la fecha de inscripción (así, la S. 4 de septiembre de 1995); y B) En cuanto al conocimiento por la Administración de la insolvencia del deudor, la sentencia impugnada declara probado “que en mayo 1988, a lo más tarde, se hallaba la Hacienda en condiciones de ejercitar estas acciones revocatorias contra los implicados en la disposición fraudulenta y no lo hizo”, y así es, ya que incluso con anterioridad a dictarse las providencias de apremio en 7 de noviembre de 1988 tuvo la Hacienda Pública información (Registro de la Propiedad, Bancos, Ayuntamiento) del estado económico del deudor después de la donación realizada el 26 de marzo de 1987 sin que, no obstante el resultado infructuoso del embargo decretado el 7 de marzo de 1989, se declarase la insolvencia del apremiado hasta el 28 de junio de 1990, considerables retrasos evidentemente no imputables al deudor y que no deben perjudicarle, siendo de notar, además, que existían hechos objetivos anteriores que revelaban la carencia de bienes (en este sentido la S. 17 de julio de 2000, expresiva de que no es admisible que el cómputo del plazo de los cuatro años quede de hecho al arbitrio del acreedor, con cita de las dictadas en 8 de mayo de 1903 y 26 de junio de 1943).

Ha de entenderse, por tanto, que al presentarse la demanda (5 de mayo de 1993) ya había transcurrido el plazo de caducidad, por lo que debe decaer el motivo.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. PROCESAL

1. *Contra la sentencia que aprueba la división de herencia en el procedimiento del artículo 787 LEC no cabe recurso de casación, salvo la impugnación por el juicio ordinario que corresponda.*

TSJ de Navarra, Sentencia de 3 de octubre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Álvarez Caperochipi.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 20 de septiembre de 1997 se dictó sentencia por el TSJ de Navarra estimando el recurso de casación interpuesto por D.^ª Eulalia y D.^ª Beatriz, y casando la sentencia de la AP de Sec. 1.^ª de la AP de Navarra, anula y revoca la misma, declara que, siendo válido el testamento otorgado por D. Teodoro, dado que incurre en inoficiosidad y no se dispone en él de todos sus bienes, procede que los bienes de que en él no se dispone se distribuyan por cuartas e iguales partes entre los cuatro herederos designados; que las demandadas-recurrentes deben compensar a los actores-recurridos con otros bienes de la herencia o con dinero, y que los que deban recibir éstos por cualquier concepto los han de percibir en pleno dominio, no afectados por el usufructo viudal que corresponde a D.^ª Eulalia.
- En trámite de ejecución, por el Contador Partidor designado al efecto D. Victoriano se presentó el cuaderno particional de la mencionada herencia causada por D. Teodoro, dándose traslado de él a las partes y siendo impugnado por D.^ª Eulalia y D.^ª Beatriz. Por providencia de fecha 3 de enero de

2001 se tuvo por formalizada dicha impugnación y tras diversas comparecencias y escritos de las partes y a la vista de la disconformidad existente entre las mismas y en cumplimiento de lo establecido en el art. 787/5 de la LEC se señaló la vista el día 23 abril a la cual asistieron los Letrados y Procuradores de las partes y del Contador Partidor y a instancia de las partes se tuvo por reproducidas las actuaciones obrantes en el juicio de menor cuantía núm. 461/95.

- El Juzgado de 1.^a Instancia dictó sentencia el 4 de mayo de 2001 desestimando íntegramente la impugnación del cuaderno particional y procediendo en consecuencia a su aprobación definitiva.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Navarra dictó sentencia el 7 de febrero de 2002 estimando parcialmente el recurso interpuesto por D.^a Eulalia y D.^a Beatriz y, revocando parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Pamplona, acuerda que “el contador partidor proceda a realizar en relación con los bienes que a dicho causante correspondan en la liquidación de la sociedad de conquistas de su segundo matrimonio, el contraído con D.^a Eulalia, una nueva operación particional, a la que sólo serán llamadas D.^a Eulalia y D.^a Beatriz, quienes dispondrán desde esa rectificación del plazo de un mes, para designar qué bienes de la herencia deben ser entregados a los hijos del primer matrimonio D. Antonio y D.^a Juana y para hacer efectiva entrega de ellos en el indicado plazo. Si en el indicado plazo de un mes, D.^a Eulalia y D.^a Beatriz, no hicieran designación de los bienes de la herencia que deben entregar a los hijos del primer matrimonio, surtirá entonces plenos efectos el cuaderno particional realizado por el contador cuya rectificación parcial ahora se acuerda. Se deja inalterable la valoración del caudal relicto de los bienes que corresponden al causante en la sociedad de conquistas del segundo matrimonio, y el valor que en bienes de herencia deben recibir los hijos del primer matrimonio”.
- Preparado recurso de casación y recurso por infracción procesal contra dicha resolución por la parte demandada, éste se interpuso posteriormente dentro del plazo legal mediante escrito de fecha 8 de abril de 2002 por los siguientes motivos: Recurso de casación por infracción de la ley 272 del Fuero Nuevo de Navarra. El recurso fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se plantea en el presente procedimiento la impugnación del cuaderno particional de la herencia causada por D. Teodoro, aprobado por sentencia de 4 de mayo de 2001, del

juzgado de primera instancia núm. 4 de Pamplona, en el procedimiento de división de herencia a que se refiere el art. 787 LEC, y con carácter previo a entrar en el fondo del

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

En efecto el vigente art. 787 de la LEC, que viene a modificar los precedentes arts. 1081 y siguientes de la LEC, tiene la función de simplificar el complejo régimen pretérito de la aprobación judicial de los procedimientos de testamentaría y abintestato. En el art. 787.5 de la LEC, la redacción originaria del proyecto de LEC (proyecto aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 30 de octubre de 1998, igual que en el anteproyecto aprobado por el Ministerio de Justicia: art. 783), no se prevenía nada sobre el régimen de recursos contra la aprobación de la partición en juicio verbal; la enmienda 1398 del Grupo Parlamentario Catalán que introdujo el vigente párrafo segundo del art. 787.5 de la LEC prevé la posibilidad de iniciar un juicio ordinario tras la aprobación de la partición judicial, y se justifica en que dada “la complejidad de las cuestiones que pueden plantearse” “aconseja privar a la sen-

tencia que puede dictarse en dicho juicio de los efectos de cosa juzgada”; abriéndose en consecuencia la vía del juicio ordinario que corresponda como única vía de impugnación de la división de herencia. Lo que explica el propio tenor literal del artículo 787.5, párrafo segundo LEC, que quedaría en caso contrario privado de sentido. Dicha interpretación es coherente con la Exposición de motivos de la LEC, que diseña “un procedimiento más simple y menos costoso que el juicio de testamentaría de la Ley de 1881” (XIX), pues de la interpretación contraria se seguiría un farragoso régimen de recursos contra la partición hereditaria, que sería más complejo y caro que el previsto en el derogado régimen legal.

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

naria sobre la interpretación del testamento o sobre la naturaleza del llamamiento a los herederos.

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

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

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

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

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

II. PENSIONES DE VIUEDAD

1. *Para que el matrimonio produzca efectos civiles tendrá que ser contraído de forma civil o religiosa en los términos expresados por el CC, y en la actual conformación de nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio gitano no participa de la naturaleza de ninguno de ellos, exigiendo la LGSS la condición de “cónyuge” del causante al beneficiario/a de la pensión de viudedad, término interpretado por la jurisprudencia constitucional y ordinaria en el sentido de que han quedado excluidas de la prestación las parejas de hecho, y cuantos, en definitiva, no han contraído matrimonio conforme a la legalidad aplicable.*

TSJ de Madrid, Sec. 5.ª, Sentencia de 7 de noviembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Luelmo Millán.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª M.ª Luisa y D. Mariano, ambos de raza gitana y de nacionalidad española, contrajeron matrimonio en noviembre de 1971 por el rito tradicional gitano. El matrimonio fue celebrado conforme a la costumbre y tradición cultural gitanas, reconocidas por dicha comunidad, con efectos sociales y reconocimiento público, con deber de convivencia y el resto de deberes dimanantes de dicho contrato. Del matrimonio nacieron seis hijos.
- Con fecha 24-12-2000 falleció D. Mariano, que tuvo la profesión de albañil, estuvo trabajando por cuenta ajena y dado de alta en Seguridad Social hasta la fecha de su fallecimiento, en total 19 años, tres meses y 8 días. La Base Reguladora que le correspondía a la solicitante es de 903,29 euros. El causante se encontraba en activo y dado de alta en la Seguridad Social, y la empresa para la que venía prestando servicios hasta la fecha de su muerte, el 24-12-2000 es “S., S.L”. El fallecido estaba afiliado a la Seguridad Social con el núm. ..., con cartilla de beneficiario con familiares a su cargo: Esposa (D.ª María Luisa) y los seis hijos de ambos.
- D.ª María Luisa solicitó prestación por Viudedad y Orfandad que le fue denegada por resolución del INSS de fecha 27-3-2001 en base a lo siguiente: “Por no ser o haber sido cónyuge del fallecido, no existiendo imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento, según lo establecido en la Disposición Adicional décima

núm. 2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio en relación con el art. 174 de la LGSS, aprobada por RD Legislativo 1/1994 de 20-6.

- D.^a M.^a Luisa interpuso Reclamación Previa que le fue desestimada por Resolución de fecha 10-5-2001.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El recurso señala como infringido el art. 174 de la LGSS en relación con los arts. 49, 59, 60 y 61 del CC, y es acogido por el TSJ de Madrid, porque ni existe discriminación alguna en el caso de la demandante porque esta pertenezca a la etnia gitana, ni el matrimonio celebrado conforme a ese rito tiene la condición de tal en el ordenamiento jurídico español.

En primer lugar, debe señalarse que el principio de igualdad y no discriminación descansa sobre la idea del tratamiento igualitario en condiciones de igualdad y de que el trato igual de los desiguales constituye una injusticia, lo que supone también que ha de partirse de la observancia del ordenamiento jurídico aplicable por parte de todos, de manera que no se pueden hacer más excepciones a su cumplimiento que las expresamente previstas en el mismo, no constituyendo, en consecuencia, discriminación alguna la exigencia de observancia en España y por los españoles de la legalidad que así mismo se da el pueblo español en uso de su legítima soberanía y a través de sus representantes legales, sobre todo cuando se acude a esa misma legalidad para reclamar los beneficios que de ella se derivan.

En segundo lugar, en fin, ha de distinguirse lo que es la legalidad vigente y aplicable en cada momento de aquélla que pueda entenderse deseable por parte de un sector de la sociedad o de un afectado o grupo de afectados por sus consecuencias, en particular, cambiando, en su caso, actuar los mecanismos pertinentes para que dicha aspiración se cristalice en una realidad tangible que la satisfaga, pero, mientras tanto, no es posible adoptar soluciones voluntaristas al respecto, por

bienintencionadas que sean, que dañan el principio de separación de poderes sobre el que descansa el Estado de Derecho y hacen concebir infundadas esperanzas —aunque formalmente lo estén— a los interesados.

Ello sentado y de conformidad con lo prevenido en el art. 49 del CC, cualquier español (como es el caso de la actora y el causante) puede optar entre contraer matrimonio en forma civil ante el Juez, Alcalde o funcionario público señalado por el propio Código, o en la forma religiosa legalmente prevista, lo que conecta con lo preceptuado en los arts. 59 y 60 de este mismo texto, todos los cuales no son sino trasunto y desarrollo del art. 32.3 de la CE, que establece que la ley regulará las formas de matrimonio.

Conforme a todo ello, si el matrimonio civil ha de celebrarse en la forma referida, el matrimonio religioso lo ha de ser también en la prevista por una confesión religiosa inscrita en los términos acordados con el Estado, o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste, que es cuando dicho matrimonio produce efectos civiles, lo que lleva a su vez al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979, para los contrayentes católicos, de un lado, y a las Leyes 24, 25 y 26 /1992, de 10 de noviembre, de otro, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, y en desarrollo de cuyas normas se han dictado la O. de 21 de enero de 1993 por la que se aprueba el modelo de certificado de capacidad matrimonial y

de celebración de matrimonio religioso, y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa.

En ninguno de los casos referidos se encuentra el matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano, porque aunque se trate de una etnia, no por ello sus normas o formas trascienden jurídicamente de su propio ámbito, ni están consagradas en el ordenamiento jurídico en el que se prevé la pensión litigiosa, de modo y manera que teniendo su relevancia y reconocimiento social en dicho ámbito, no por ello excluyen, ni sustituyen actualmente, a la normativa general vigente y aplicable al efecto, en cuanto se trata de un matrimonio entre españoles celebrado en España.

Una “etnia”, por otra parte, no constituye sino un grupo diferenciado por razón de la raza, pudiendo ser múltiples las que albergue un Estado sin que por ello se diluya o fragmente su ordenamiento jurídico general en tantas cuantas razas lo integren, independientemente de las normas específicas de que tenga a bien dotarse al efecto por tal motivo, y un “rito”, en fin, no es sino una costumbre o ceremonia, o bien un conjunto de reglas establecidas para el culto y ceremonia religiosas, según las dos versiones que a la primera acepción de la palabra y única relativa al caso, da el Diccionario de la Real Academia de la lengua, siendo evidente, por lo antedicho, que sólo cabe interpretar el vocablo en ese primer sentido, en cuanto el segundo exigiría la existencia de una religión propia y exclusiva de dicha etnia, lo que, por otra parte, de existir, tampoco tendría mayor trascendencia, pues habría de seguir la misma vía, y ya expuesta, que las otras concertadas con el Estado a los fines de reconocimiento de los matrimonios celebrados por las mismas, lo que no acontece en este caso.

Tratándose, pues, de una costumbre y según determina el art. 1.3 del Código Civil, sólo regirá en defecto de ley aplicable, debiendo, además, ser conforme a la moralidad

y al orden público y resultar probada, pero no cabe poner el acento en esas condiciones subsiguientes si no se da la primera y principal, esto es, su operancia únicamente con carácter subsidiario y en ausencia de una ley en la materia.. No se discute, en consecuencia, la moralidad o la conformidad al orden público de dicho rito, sino tan solo si tiene capacidad de obligar *erga omnes* cuando existen normas legales que regulan el matrimonio en España. La respuesta, evidentemente, ha de ser negativa por esta última razón y circunstancia.

El matrimonio, pues, para que produzca efectos civiles, sólo podrá serlo el contraído de forma civil o religiosa en los términos ya expresados, y el matrimonio gitano no participa, en la actual conformación de nuestro ordenamiento jurídico, de la naturaleza de ninguno de ellos, exigiendo el art. 174 de la LGSS la condición de “cónyuge” del causante al beneficiario/a de la pensión de viudedad, término interpretado en sentido estricto por una jurisprudencia constitucional y ordinaria tan reiterada como conocida —a pesar de voces discrepantes— que, por ello, excusa su cita, y conforme a la cual han quedado excluidas de la prestación las parejas de hecho, y cuantos, en definitiva, no han contraído matrimonio conforme a la legalidad aplicable. La literatura jurídica que ello ha provocado ha sido abundante, pero independientemente de cuál sea *de lege ferenda* la solución deseable, la realidad que se impone, según también se ha expresado anteriormente, es únicamente la derivada de la normativa vigente.

La sorprendente manifestación de que no consta norma que expresamente prohíba el acceso del matrimonio al Registro Civil se desautoriza por sí misma desde el momento en que la legislación al efecto representada por los arts. 69 a 80 de la LRC y sus complementarios del Reglamento, está en función de lo que previamente establecen los arts. 61 a 65 del CC, que, a su vez, son tributarios de los preceptos precedentes y ya citados de ese mismo texto (el ya meritado art. 49, en concreto) en cuanto a reguladores de las formas

admitidas de matrimonio, sin que, en fin, pueda darse al art. 50 otra interpretación que vaya más allá de su propio contenido, es decir, la asunción por parte del ordenamiento jurídico español de la validez del matrimonio entre extranjeros celebrado en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos, pero se da el caso de que en el enjuiciado ni los contrayentes eran extranjeros ni puede considerarse que exista, por tanto, otra ley personal que la española, sin que ni siquiera cupiera hablar de desigualdad alguna en el teórico supuesto de que a extranjeros gitanos se les permitiese en su país y ordenamiento jurídico el matrimonio por dicho rito y que, en consecuencia, éste fuese válido en España por constituir la ley personal de los contrayentes, porque, en primer lugar, no basta para alegar discriminación un mero supuesto de laboratorio jurídico sino un caso concreto y específico donde se dé trato desigual desde el ordenamiento a personas cuyas condiciones y circunstancias son las mismas, y, en segundo lugar, ni siquiera en esa hipótesis cabría entender que tal desigualdad existe, pues lo que hace el ordenamiento jurídico español no es dar validez en ese caso al matrimonio contraído por el rito gitano sino dar validez o remitirse en esta materia y conforme al art. 9.1 y 2 del propio Código Civil, al ordenamiento del país de dichos contrayentes, independientemente del contenido de sus normas y en función precisamente de la desigualdad existente, representada por la distinta ley personal de uno o ambos en relación con los contrayentes que sean españoles, de tal manera que no serían, en ningún caso, situaciones equiparables.

Ninguna disposición tampoco de Derecho Comunitario o de Derecho Internacio-

nal permite otra solución, porque o se limitan a declaraciones programáticas y genéricas como las que cita la sentencia de instancia referente al IV Convenio suscrito entre la Unión Europea y países ACP, o se refieren, como la Directiva 2000/43 de la CE o el Convenio Internacional de la ONU de 7 de marzo de 1966, que también menciona, a la igualdad de trato o a la eliminación de todas las formas de discriminación racial, nada de lo cual, como se ve, se ha vulnerado en este caso.

No hay en fin, situación análoga alguna con los matrimonios celebrados “conforme a los usos y costumbres de religiones hasta hace poco tiempo ajenas a nuestra sociedad con la salvedad de que no es una religión” porque tal afirmación contiene una fundamental contradicción en su seno, y es precisamente la puntualización que hace finalmente: la de que el matrimonio gitano no es la forma de celebración de una determinada religión, que además, por otra parte y conforme a la legislación actual, tendría que haber alcanzado una normativa *ad hoc* como el es caso de las enumeradas anteriormente, sin cuyo requisito, incluso si de una religión se tratase, estaría en las mismas condiciones imposibilitantes del reconocimiento pretendido a las efectos litigiosos.

En consecuencia, tanto la sentencia recurrida como el escrito de impugnación del recurso se sitúan en el claro ámbito de ficción jurídica en su constante intento de interpretar una normativa interna e internacional que nada tienen que ver ni pueden sostener la pretensión de demanda, por lo que el acogimiento de esta última efectuado en aquella no puede mantenerse en suplicación. En el mismo sentido, en fin, se ha pronunciado también el TSJ de Cataluña de 7-10-99 tal y como señala la parte recurrente.

2. *Denegación de pensión de viudedad al no existir matrimonio entre los convivientes ya que no puede equipararse al mismo la unión por el rito gitano.*

TSJ de Cataluña, Sentencia de 12 de diciembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Andrés Valle Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a M.^a del Carmen, tras unirse por los ritos de la etnia gitana con D. Fernando, tuvo cuatro hijos, Fernando nacido el 5-3-84, Dolores nacida el 28-3-89, Juan nacido el 14-8-92 y Antonia nacida el 6-12-93.
- D. Fernando, nacido el 20-8-60, fue drogodependiente desde los 16 años, por cuyo motivo fue ingresado en multitud ocasiones en el “Hospital M.” de Barcelona. A los 22 años se le diagnostica hepatitis. A los 23 osteocondritis cardo-esternal. A los 26 (año 1986) infección por VIH. A los 29 y 34 herpes cutáneo. En enero de 1996, se le diagnostica TBC pulmonar. El 4-5-96 se le diagnostica LMP recibiendo tratamiento anticonvulsionante. El 25-5-96 ingresa de nuevo por crisis convulsiva. El 9-7-96 vuelve a ingresar por neumonía extrahospitalaria y probable broncoaspiración, LMP, infección VIH, falleciendo el 21-7-96.
- D.^a M.^a del Carmen solicitó del INSS pensión de viudedad y orfandad en fecha 18-9-2000 que le fue denegada por resolución de 26-9-2000 por no encontrarse el causante en situación de alta o asimilada al alta y no haber completado el período mínimo de cotización de quince años, y también por no ser o haber sido cónyuge del fallecido no existiendo imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento.
- El 3-11-2000 formuló reclamación previa que fue desestimada por resolución definitiva de 3-11-2000.
- A continuación interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social, dictándose sentencia el 11 de octubre de 2001 desestimándola y absolviendo al INSS de los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda.
- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora D.^a M.^a Carmen, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado, no impugnó, elevando los autos al TSJ que desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Entiende la recurrente que la sentencia de instancia ha vulnerado el principio de igualdad consagrado constitucionalmente en el artículo 14 en relación con los principios contenidos en el artículo 41 de la Constitución Española. Según la recurrente, si se parte de la base de que el criterio de necesidad es el determinante tanto en el artículo 41 como en el artículo 39.1 de la CE para dispensar una protección por parte de los poderes públicos, no resulta razonable introducir otro criterio, sin relación alguna con éste como es la existencia de vínculo matrimonial, para determinar en definitiva, si procede o no una determinada prestación, existiendo por tanto una vulneración del principio de igualdad que debería conducir a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 174 de la LGSS. Alega que se unió por los ritos de la etnia gitana, y aunque dicha unión no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico como forma de matrimonio, ello no significa que la familia como institución jurídica quede desprotegida. Los deberes conyugales en este tipo de uniones son los mismos que vinculan jurídicamente a las parejas de derecho, y por lo tanto, la respuesta del Estado en los supuestos de cese de la convivencia por causa de muerte, también debería ser la misma que se otorga a las parejas de derecho.

Continúa señalando que el aumento de las denominadas parejas de hecho, es decir, de personas que conviven maritalmente sin estar casadas, teniendo descendientes y mostrando una conducta prácticamente igual a la de los matrimonios, es un hecho incuestionable y una realidad social que conlleva en la mayoría de las sociedades occidentales a una desregulación del matrimonio y a una nueva concepción de la familia, lo que se plasma en la Comunidad Autónoma Catalana con la promulgación de la Ley 10/1998 de 15 de julio de Parejas de Hecho. De modo que si la convivencia de hecho o unión extra-

matrimonial puede ser causa de extinción de la pensión de viudedad, según se desprende del artículo 174.3 de la LGSS, no se entiende por qué no se reconoce el derecho a la prestación para el beneficiario que antes de la muerte del causante convivía maritalmente con él, puesto que ello provoca una desigualdad lo cual atenta al principio de seguridad jurídica, y que exige que, aun sin presencia del vínculo legal formalizado, hubiera una presunción de existencia de una relación de afectividad y convivencia equivalente al matrimonio. Este tipo de presunción habría sido omitida por el juzgador *a quo*. Concluye la recurrente que resulta discriminatorio al amparo del artículo 1215 del Código Civil, en relación con el artículo 174.1 de la LGSS que se silencien para no causar derecho a la prestación que se reclama, este tipo de presunciones, las cuales tienen fuerza legal suficiente para entender que la unión de hecho debe gozar de los mismos derechos que la unión matrimonial.

Finalmente, y en alusión a la jurisprudencia humanitaria que viene interpretando el Capítulo VIII de la LGSS afirma la recurrente que si la justicia ha de administrarse recta y cumplidamente, no ha de atenderse tanto a la observación estricta y literal del texto de los preceptos legales, como a su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad que solamente pueden estimarse debida y razonablemente atendidos cuando el precepto se aplica de forma tal que permite, utilizándose por el juzgador una adecuada y justa flexibilidad de criterio, acomodarse a las circunstancias específicas que concurren en cada caso. Y en el supuesto que se contempla, no existe matrimonio, pero sí una relación de hecho consolidada y, por otra parte, y en atención a la finalidad de la norma en relación con las prestaciones de muerte y supervivencia, la misma no es otra que cubrir la situación de desamparo que se genera cuando fallece uno de los miembros de la unidad

familiar, en muchas ocasiones, el único que con sus ingresos la sostenía.

El motivo no es estimado por el Tribunal Superior de Justicia. Teniendo en cuenta que lo postulado por la actora es el derecho al reconocimiento al derecho a percibir la pensión de viudedad como consecuencia del fallecimiento del causante, con el que no había contraído matrimonio, debe indicarse que la cuestión que se plantea ha sido abordada tanto por el Tribunal Constitucional (STC de 15 de noviembre de 1990 y 14 de febrero de 1991 entre otras), como por el Tribunal Supremo (sentencias de 29 de junio de 1992 y 10 de noviembre de 1993 entre otras), al no ser equiparables, para el reconocimiento de la pensión de viudedad, las situaciones de convivencia *more uxorio* con la derivada de una convivencia matrimonial, no pudiendo asimilarse ambas situaciones ni siquiera en uso del criterio interpretativo sociológico que facilita el artículo 3.1 del Código Civil. En supuestos como el enjuiciado en los que se mantiene una situación de convivencia de hecho, sin haber arbitrado, pudiendo hacerlo, los mecanismos legales que permitan la legitimación de la expresada situación, no cabe reconocer el derecho a la prestación de viudedad a la que se refiere el artículo 174 de la LGSS.

El Tribunal Constitucional ha declarado que “la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14, sea acreedora del mismo tratamiento (singularmente por lo que ahora importa, en materia de pensiones de la Seguridad Social) que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza” (STC de 14 de noviembre de 1990).

Sobre la lesión al derecho reconocido en el artículo 14 de la Constitución, la regulación actual de las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social no vulnera lo dispuesto en dicho precepto en cuanto que “el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida (AATC 156/87 y 788/87). Doctrina ratificada por el Pleno del Tribunal en la STC 184/90, resolutoria de la cuestión de inconstitucionalidad número 1419/88, planteada en relación con el artículo 160 de la LGSS y la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/81 de 7 de julio (STC de 14 de febrero de 1991), pues “siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento” (STC de 15 de noviembre de 1990), en la que se añade que “el legislador podría extender a las uniones estables de hecho los beneficios de la pensión de viudedad, pero que el no hacerlo así, no lesiona el artículo 14 de la CE, ni por sí mismo ni en relación al artículo 39.1 del texto constitucional, a lo que ha de añadirse que tampoco se lesiona el artículo 14 de la CE en conexión con los artículos 41 y 50 de la CE, ya que, aunque el supérstite no debe quedar desprotegido por el régimen público de la Seguridad Social (artículos 41 y 50 de la CE), tal protección (como se dice igualmente en la STC 184/90) no tiene necesariamente que restarse a través de la actual pensión de viudedad, más aún teniendo en cuenta que en su configuración actual la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o defensa económica.

En resumen, el reconocimiento de una pensión de viudedad se condiciona por la legislación vigente a la existencia de vínculo matrimonial entre causante y persona beneficiaria, por lo que la ausencia de este requisito impide que la recurrente pueda ser beneficiaria de la prestación solicitada, procediendo, en consecuencia, la desestimación de este motivo del recurso. La inscripción en un Registro de Uniones Civiles no altera el régimen legal expuesto. Tampoco la Ley 10/98 de 15 de julio (artículo 18) contempla previsiones en materia de Seguridad Social, al tratarse de competencia exclusiva del Estado, *ex* artículo 149.1.17 de la Constitución.

Como ha señalado esta Sala en su sentencia de 7-10-1999 en un caso idéntico al presente:

A) Con independencia de cuál sea la posición de la Sala con respecto a la cuestión controvertida, es preciso destacar, que para poder ser titular del derecho a la pensión de viudedad se requiere que el beneficiario de la misma hubiera contraído matrimonio, en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 49 del Código Civil, con el (o la) causante (SSTC de 18 de diciembre 1985, 19 de febrero 1986, 22 de diciembre 1988 y 15 de noviembre 1990, sobre cuestión de inconstitucionalidad), no bastando con 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 acreedora del mismo tratamiento en materia de pensiones de la Segu-

ridad Social que el dispensado a quienes contraigan matrimonio (SSTC de 15 de noviembre de 1990, 14 de febrero (5 Sentencias) y 11 de abril de 1991, 28 de febrero de 1994 y 17 de febrero de 1998; y en el mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. de 29 de junio de 1992 y 10 de noviembre de 1993, lo que pone de manifiesto la necesidad, insoslayable, de la previa existencia de vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad regulada en el hoy artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

B) Se alega en el recurso, y ha de considerarse como cierto por estar acreditado, que la demandante y el fallecido se hallaban unidos por el denominado “matrimonio gitano” al haber socializado su unión según los ritos de dicha etnia (hecho probado tercero de la Sentencia de instancia); y no es menos cierto —como también se aduce— que nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, el ya citado artículo 49 del Código Civil, permite, que pueda contraerse matrimonio en la forma religiosa legalmente prevista, existiendo diversos acuerdos del estado español con instituciones de distintas religiones. Ahora bien, abstracción hecha de la dificultad terminológica que ya supone asimilar “rito gitano” a “forma religiosa”, en cualquier caso, y sin perjuicio de su posible regulación, hoy día, la unión de hombre y mujer concertada mediante el rito gitano, no tiene la consideración legal de matrimonio; siendo la forma de contraer el matrimonio y no la raza lo que determina los efectos legales del mismo, por lo que no existe la vulneración del principio de discriminación por razón de raza que se denuncia.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *No concurre causa alguna para declarar la nulidad del matrimonio, ya que la alegación del esposo en cuanto a que el otro cónyuge solo celebró el matrimonio con la intención de crear una apariencia de vínculo para beneficiarse de ella a efectos de adquirir la nacionalidad española no ha quedado acreditado en ningún momento, habida cuenta que el matrimonio no se celebró con precipitación y que, por ser de origen hispanoamericano, podía haber accedido a la nacionalidad española sin grandes dificultades.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 7 de mayo de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino.

La demanda la instó el esposo por entender que es nulo el matrimonio que celebró el día 18 noviembre 1999 con la demandada por la causa del art. 73.1 del CC, el cual establece que es nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial. Lo que sostiene el actor, en concreto, es que la demandada manifestó su consentimiento sin tener real intención de contraer matrimonio,

pues lo único que deseaba era crear una apariencia de tal vínculo para beneficiarse de ella a los efectos de acceder más fácilmente a la nacionalidad española.

Desde luego, de ser cierta la afirmación que se hace en la demanda, sin duda estaríamos ante un supuesto de nulidad matrimonial. El consentimiento matrimonial exige

que quien lo expresa quiera, realmente, contraer matrimonio, es decir, constituir una situación jurídica con los deberes y derechos inherentes a dicha institución o, cuando menos, con la parte fundamental de tales derechos y deberes. No presta su consentimiento quien manifiesta desear el matrimonio pero, realmente, no tiene intención de pasar a formar lo que usual y legalmente se entiende por matrimonio, sino solo crear una apariencia con otros fines distintos, como por ejemplo el de regularizar su estancia en España u obtener la nacionalidad española. Es posible que tal falta de consentimiento se dé en ambos contrayentes o en uno solo de ellos, el cual, de ese modo, engaña al otro contrayente, además de al Estado.

Pero la falta de consentimiento ha de probarla quien la alega, pues existe una fuerte presunción a favor de la existencia y validez del consentimiento, desde el momento en que fue prestado de forma solemne ante un funcionario público. Como ambos cónyuges manifestaron desear contraer matrimonio y contraerlo en el acto de la celebración, de lo cual no puede haber ninguna duda, dada la intervención de funcionarios públicos en la celebración, ha de considerarse, como punto de partida, que hubo consentimiento, porque existió una manifestación explícita al respecto. Quien afirme que no fue así es, por tanto, quien ha de demostrar esa afirmación.

Pues bien, coincidimos con las conclusiones del juez de Primera Instancia, que no han quedado desvirtuadas mediante la prueba testifical practicada en la vista del recurso.

Según consta en la declaración reservada prestada, por separado, por ambos cónyuges, ante el Juzgado que instruyó el expediente previo al matrimonio, se conocieron en abril de 1998 y no se casaron hasta noviembre de 1999. De los demás extremos contenidos en tales declaraciones no se desprende que los litigantes ignorasen las circunstancias del otro. No existió, por tanto, esa precipitación entre el conocimiento y el matrimonio que se observa a veces y el señor M. no se desplazó a Colombia (así lo ha

expuesto su hermana en su declaración testifical), sino que el conocimiento y la relación tuvieron efecto en nuestro país.

La conducta de los cónyuges posterior al matrimonio puede revelar que, realmente, no ha existido intención seria de contraer matrimonio, aunque esa conducta no siempre es suficientemente reveladora, como lo demuestra la realidad de matrimonios que, pese a la seriedad en su celebración, duran muy poco. En nuestro caso, la señora P. marchó a Colombia a los 10 días de contraer matrimonio, de donde no regresó, según el demandante, hasta cuatro meses después, o sea a finales de marzo de 2000. La separación de hecho no se produjo hasta el verano siguiente, como ha expuesto la hermana del actor en su declaración testifical y como resulta del hecho de que, según propia manifestación del actor, a primeros de julio de 2000 aún enviaba dinero a Colombia para los hijos de su esposa (documento 4 de la demanda, al folio 10). La pronta separación de hecho no es suficiente indicio de que la señora P. no hubiese tenido realmente intención de casarse, sobre todo si se tiene en cuenta que, como ha puesto de relieve la Fiscal en la vista, el tiempo de separación de hecho no computa para obtener la nacionalidad española, conforme a lo dispuesto en el art. 22.2.d) del CC, con lo que aquella pronta separación de hecho no confirmaría que la demandada tuviese intención de casarse solo para obtener la nacionalidad española.

Por otra parte, el que la demandada hubiese obtenido una declaración extraprocesal en julio de 1998 en orden a contraer matrimonio, distinta de la que luego fue incorporada al expediente matrimonial, nada revela por sí mismo sino solo que la señora P. tenía la intención o el deseo de casarse y que, a dicho efecto, se procuró con antelación un documento que le habilitase a dicho efecto.

Por último, ha de tenerse en cuenta un aspecto relativo a la nacionalidad. Según el actor, obtenerla fue el motivo qué llevó a la señora P. a manifestar que quería casarse cuando en realidad solo quería aparentarlo a

aquellos efectos. Pero dicha señora es nacional de un país hispanoamericano y, por tanto, para obtener la nacionalidad española le bastan dos años de residencia legal en España, conforme a lo dispuesto en el art. 22.1 del CC. Cuando se celebró el matrimonio, es altamente probable que la señora P. lleva ya más de un año de residencia en nuestro país, pues los litigantes se conocieron en abril de 1998 y no se casaron hasta noviembre de 1999. Figura inscrita en el Consulado de Colombia en Barcelona desde el 28 octubre 1998 y, por tanto, es posible que ya en esa fecha tuviese residencia legal en España, aunque tal cosa no la sepamos con seguridad. En cualquier caso, no consta que cuando se casó estuviese en situación irregular en nuestro país y, por tanto, no sabemos hasta qué punto el contraer matrimonio era imprescindible, o cuando menos conveniente, para poder obtener la nacionalidad

española. Porque, si hubiese contado con permiso de residencia ya en octubre de 1998 (un año antes de casarse), el matrimonio no le habría reportado ninguna ventaja porque, de todos modos, habría necesitado un año más de residencia, lo mismo que sin casarse.

Las relaciones de la demandada con un compatriota, de índole amorosa según la demanda, no han quedado suficientemente acreditadas. Sólo contamos al respecto, aparte de con la propia afirmación del actor, con lo dicho en la vista por los testigos (hermana y cuñado del demandante), en el sentido de que habían oído al señor M. decir que había sorprendido a su esposa hablando por teléfono, en términos amorosos, con otro hombre. Se trata de manifestaciones indirectas, que se limitan a transmitir los dichos del demandante. Son también muy vagas, amén de irrelevantes, las referencias hechas a la relación de la esposa con un cierto compatriota.

2. *Concurrencia de la causa de separación por infidelidad del esposo al haber quedado acreditado que éste viene conviviendo con otra mujer, sin que pueda resultar creíble que dicha convivencia está motivada exclusivamente por que no puede pagar un alquiler.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 5 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

Entrando en el fondo del asunto, sostiene la parte recurrente que la causa de separación concurre en el esposo, en razón de la conducta infiel hacia la esposa, siendo de aplicación el artículo 82.1 del Código Civil, y dado que ha quedado acreditado la relación íntima y personal del esposo con una mujer.

Cierto es que a raíz de la reforma operada por Ley 30/81, de 7 de julio, se ha dado lugar a la superación del criterio culpabilista

que subyacía en la antecedente legalidad, siendo lo procedente ya objetivizar las causas que pueden originar la sanción judicial de la crisis matrimonial, bastando la acreditación del incumplimiento de los deberes que se señalan en los artículos 67 y 68 del Código Civil, en los que se asienta la institución matrimonial, para determinar que ello ha generado la falta de afecto conyugal, lo que implica la aplicación del artículo 82.1.^o del Código Civil, en relación a la causa rela-

tiva al incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, y esta perspectiva debe compartirse en aquellos supuestos en los que las partes no han conseguido acreditar unas concretas causas de separación, pues criterios de ponderación justifican la sanción judicial, sin necesidad de ahondar, si no es imprescindible, en la esfera de la intimidad personal, cuando ello es innecesario o contraproducente.

Sin embargo, todo lo anterior no impide, en la medida que el Código Civil mantiene concretas causas de separación, la posibilidad de declarar la ruptura matrimonial por consecuencia del comportamiento y la conducta de uno de los cónyuges, exigiéndose, eso sí, cumplida prueba al respecto si se pretende la declaración judicial de considerar incurso en alguna causa de separación a alguno de los cónyuges.

Dicho lo anterior, mantiene la parte recurrente que el esposo desde hace ya tiempo mantiene relaciones íntimas y personales con una mujer llamada Irene y ello en su momento provocó una grave crisis familiar, que fue superada, pues aun residiendo en un principio el esposo abandonó el domicilio

en compañía de dicha mujer, es lo cierto que aquél volvió al seno familiar, con el consentimiento y el perdón de su esposa.

Sin embargo, y ocurrido ello a comienzos del año 2000, sucedió que después las relaciones personales e íntimas han continuado entre el esposo y aquella mujer, y aunque aquél niega la relación con aquélla, y por tanto, la infidelidad, es lo cierto que, y así lo ha reconocido el esposo en prueba de interrogatorio, comparte vivienda con la misma, y que lo hace desde junio de 2001, y aunque manifiesta que tal convivencia lo es porque aquel no puede pagar un gasto de alquiler, tal afirmación no se sostiene, de manera que, conforme a las reglas establecidas en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe presumir que en realidad existe una relación íntima y personal entre aquellos, relación que es anterior a la interposición de la demanda, que tiene lugar en julio de 2001, de manera que, teniendo en cuenta además que dicha relación existía ya con anterioridad, es lo cierto que la causa relativa a la infidelidad del esposo concurre al momento de la presentación de la demanda, lo que determina la aplicación del artículo 82.1 del Código Civil.

II. PATRIA POTESTAD

1. *Privación de la patria potestad cuando el demandado, desde los primeros años de la vida del hijo, ha omitido los deberes de asistencia material y moral, lo que ha motivado la integración del niño en la actual familia de la madre y que sólo conozca como padre al marido de la actora.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

El contenido y desarrollo del recurso interpuesto por la actora D.ª María José postulando la revocación de la sentencia para que

con la adopción de la medida de la privación de la patria potestad al padre del menor hijo, éste se críe, eduque y forme íntegramente

sin ningún problema de orden material, asistencial y afectivo con la única familia que ha conocido: la actora, su marido y abuelos maternos, tal como ha venido siendo hasta hoy, hace necesario efectuar las siguientes consideraciones.

El art. 170.1 CC dispone que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad sobre los hijos menores, por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, es decir, de los deberes de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154.II.1.º CC). El TS en la sentencia citada por la juzgadora de instancia de 24 de abril de 2000, que desestimó el recurso de casación interpuesto por los progenitores-demandados contra la sentencia que les privó de la patria potestad del menor, parte del propio concepto de la patria potestad señalando que “la patria potestad es en el Derecho moderno y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función del servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 CE, de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, se deberán adoptar teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación.

Además, un precepto similar contiene la vigente L. 1/1996 de 15 enero, sobre protección judicial del menor (art. 2) concluyendo que “con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficiente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes, sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte

necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses”.

Por ello, la propia convención, en su art. 9.1, después de establecer que los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, qué separación es necesaria para el interés superior del hijo. Este interés superior del niño, que implícitamente está recogido también en el art. 154 CC cuando dispone que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, es el que se debe tener en cuenta para confirmar o no la sentencia impugnada que no accedió a la pretensión de la actora D.^a María de privar a D. Manuel de la patria potestad sobre el hijo común José V. P. nacido el 17 de abril de 1996 de relación extramatrimonial.

Con carácter previo debemos resaltar que es la propia naturaleza de función al servicio de su hijo de la patria potestad, lo que justifica la decisión, ciertamente, excepcional de su privación, no como sanción al incumplimiento de los progenitores sino como medida necesaria para la protección integral del menor.

En este sentido se pronuncia con toda claridad el propio TS en S. 20 de enero de 1993 que viene a establecer que al no distinguir el art. 170.1 CC la circunstancia de si la imposibilidad física y moral del ejercicio de la función que encarna la patria potestad dando lugar a la apreciación de su incumplimiento es o no voluntaria, no podemos distinguir sus intérpretes, siendo bastante para su aplicación, el dato fáctico inconcuso de dicha imposibilidad, fundamentando la decisión de privación de la patria potestad.

En efecto, en nuestro derecho positivo la patria potestad ha dejado de ser un derecho de los padres sobre los hijos, contemplándose, por el contrario, como una función compleja que la ley les encomienda, integrada

por una serie de derechos y deberes en beneficio del hijo, añadiendo que el principio básico que rige esta relación, es el interés del menor, de modo que todas sus funciones deben ir dirigidas a conseguir el desarrollo integral de su personalidad, hasta el punto que dicho interés prevalece sobre los legítimos intereses de los padres que siempre deben quedar supeditados a los de sus hijos.

La finalidad de esta institución lleva a que nuestra legislación contemple muy diversas situaciones que van desde su normal ejercicio conjunto por ambos progenitores, al ejercicio exclusivo por uno de ellos o a la distribución de funciones entre los padres (art. 156 CC) pudiéndose llegar, en último extremo a la privación legal de la misma (art. 170) basada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, o dictada en causa criminal o matrimonial y ello sin perjuicio de la adopción de medidas de cualquier tipo para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios como dice el art. 158 CC.

De ahí que como perfila el TS en S. de 23 de febrero de 1999 citando la de 5 de marzo de 1998, si bien “la amplitud del contenido del precepto (incumplimiento de los deberes de la patria potestad) y la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los padres exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación”, sin embargo, “en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor, informando tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento... consecuentemente, si como resulta de la prueba practicada el interés del menor se satisface de mejor modo (en un actual ambiente familiar) debe prevalecer este interés sobre un ejercicio *a fortiori* de la patria potestad, dándose, como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes a la misma”.

Es por ello por lo que el TS afirma que el art. 170 CC ha de ser interpretado a la luz de las circunstancias que rodean cada caso para

proceder en consecuencia a su aplicación, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho (STS de 24 de mayo de 2000), añadiéndose que con la privación de la patria potestad no se trata de sancionar la conducta del progenitor en cuanto al incumplimiento de sus deberes, sino que se trata de defender el interés del menor de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses (STS 24 abril 2000).

Pues bien esa Sala examinando el material probatorio obrante en la causa, constata la siguiente relación de hechos de interés a fin de centrar el supuesto de que tratamos:

1.^º Que el niño nació el 17 de abril de 1996 siendo progenitores, la actora D.^a María José, nacida el 25 de septiembre de 1974 y el demandado D. Manuel nacido el 22 de diciembre de 1974, ambos solteros.

2.^º Que la actora asumió de forma exclusiva el cuidado del hijo en el domicilio de sus padres.

3.^º Que el demandado nunca ha efectuado aportación económica alguna para su hijo en concepto de prestación alimentaria.

4.^º Que prácticamente desde el nacimiento D. Manuel se ha desentendido afectivamente de su hijo, sin visitarlo ni relacionarse con el mismo.

5.^º Que ha sido la madre D.^a María José la que exclusivamente se ha preocupado de la educación de su hijo llevándolo diariamente al Colegio y asistiendo a las reuniones de Padres de alumnos y profesores del Centro.

6.^º Que el niño ha tenido problemas de salud, precisando ingresos en distintos hospitales los días 8 de octubre de 1999 y 16, 17, 18 y 28 de noviembre de 1999, estando presente sólo la actora, sin ayuda alguna del padre.

7.^º Que el 31 de julio de 2000, D.^a María José ha contraído matrimonio con D. Antonio, con quien vive en la actualidad en compañía del hijo menor, realizando aquél las labores propias de padre, sin que el de-

mandado siga teniendo relación alguna con el niño.

Con estos presupuestos fácticos cabe ponderar su discrepancia con la sentencia recurrida, y conforme con los argumentos del recurrente, que el incumplimiento de los deberes del progenitor ha sido la causa de la integración del niño en la actual familia de la madre y tal hecho ha determinado que hoy en día el niño sólo conozca como padre al marido de la actora.

En consecuencia aquel incumplimiento de deberes debe calificarse como grave, pues no se puede olvidar que el hecho de que los padres no vivan juntos no les exime de las obligaciones para con el hijo, de manera que el incumplimiento de estos deberes puede dar lugar a la privación de la patria potestad, cual ha acontecido en el caso que se analiza en el que ha habido una total omisión por el demandado de los deberes de asistencia material y moral respecto del hijo menor, desde los primeros meses de su vida, cuando la atención de ambos progenitores es absolutamente indispensable por lo que la medida de privación de la patria potestad, aunque en extremo dura para el padre, resulta una medida indispensable de protección de los intereses superiores del menor —ac-

tualmente integrado en la familia materna— o mejor dicho, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional.

Finalmente es relevante para tener en cuenta la conducta del demandado respecto a su hijo, el escrito que obra al folio 35 de los autos, en el cual el demandado —en situación procesal de rebeldía— se allana a la pretensión en que la patria potestad sobre el hijo sea atribuida en titularidad exclusivamente a la madre, escrito al que, evidentemente, no se le puede atribuir el alcance de un allanamiento propiamente dicho, al no admitirse este respecto de la materia objeto del presente recurso, pero sí que puede tenerse en cuenta para ratificar lo antes dicho y que resulta de lo actuado en el procedimiento, que es que el padre demandado no ha prestado la más mínima atención, ni material, ni afectiva a su hijo.

Todo lo cual justifica, a juicio de esta Sala, la estimación de la pretensión formulada por la parte actora-apelante y, por lo tanto, que la titularidad de la patria potestad sobre el hijo debe atribuirse exclusivamente a la misma y, en su consecuencia, debe privarse al padre de la patria potestad sobre el referido hijo.

III. GUARDA Y CUSTODIA

1. *El beneficio del menor es un criterio objetivo que no puede fundamentarse en exclusiva en la voluntad del propio menor, pues este no tiene todas las condiciones precisas para conocer qué es lo más beneficioso o conveniente para su desarrollo personal, de forma que no puede decidirse el régimen de guarda y custodia en función a esa simple voluntad.*

AP CÁDIZ, Sec. 1.^a, Sentencia de 27 de mayo de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Rodríguez de Sanabria Mesa.

Se limita el recurso interpuesto por la representación de D. José Antonio a un solo

punto: que se le otorgue la guarda y custodia de uno de los hijos menores de edad del ma-

trimonio, José Antonio. La parte apelada, al igual que el Ministerio Fiscal, solicitan la íntegra confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos al considerar que es más beneficioso para el menor quedar bajo la guarda y custodia de su madre, en unión de su hermano pequeño, y todo ello por considerar que no deben separarse ambos hermanos.

La cuestión planteada en esta alzada, circunscrita a la atribución de la guarda y custodia de uno de los dos hijos habidos en el matrimonio integrado por los litigantes, José Antonio, de 12 años de edad, debe resolverse atendiendo al principio de beneficio e interés de hijo menor, auténtica pauta de conducta inamovible contenida en la declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 (ratificado por España y publicado en el BOE de 31 de diciembre de 1990), cuyo Preámbulo señala que la Humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle; en el mismo sentido, este principio se encuentra recogido tanto en la Constitución Española (artículo 39) como en el Código Civil (artículos 90, 92, 103, 154, etc.). Desaparecido el ámbito en que normalmente debe cumplirse la guarda y custodia de los menores, debido a la interrupción de la convivencia por parte de los progenitores, aquel principio adquiere una gran importancia ya que la separación matrimonial no exime a los padres de las obligaciones para con los hijos, en cuyo beneficio deben adoptarse las medidas tendentes a su cuidado y educación. Superada, tras la reforma operada por la Ley 11/1990, la anterior preferencia que otorgaba el artículo 159 del Código Civil en orden a la atribución a la madre de la guarda y custodia de los hijos menores de edad, en la actualidad deberá atribuirse dicha guarda atendiendo a otros parámetros pues, partiendo de la base de igualdad en que se encuentra, *a priori*, ambos progenitores (en lógica aplicación del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución), deberá determinarse cuál de ambos progenitores podrá

asegurar de forma más favorable el cuidado, atención y equilibrio que el menor necesita; sin olvidar, por otra parte, que debe evitarse separar a los hermanos tal y como dispone el artículo 92 del Código Civil.

El artículo 92 del Código Civil (y en el mismo sentido se pronuncia el 154 del citado texto legal), establece la obligación de oír a los menores antes de adoptar este tipo de medidas, siempre y cuando tengan juicio suficiente y, en todo caso, a los mayores de doce años; es más, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, les reconoce a estos el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. El hecho de que el menor deba ser oído, como ha ocurrido en el presente supuesto, no implica necesariamente que su opinión deba ser determinante a la hora de atribuir la guarda y custodia a uno u otro progenitor.

El beneficio del menor es un criterio objetivo que no puede fundamentarse en exclusiva en la voluntad del propio menor, pues este no tiene todas las condiciones precisas para conocer qué es lo más beneficioso o conveniente para su desarrollo personal, de forma que no puede decidirse el régimen de guarda y custodia en función a esa simple voluntad. José Antonio, al ser oído por el Tribunal manifestó su deseo de seguir conviviendo con su padre, ahora bien el propio artículo 92 del Código Civil establece el principio de que en interés de los propios hermanos, y por tanto de la familia, se procurará no separarlos, principio que debe prevalecer sobre la voluntad o preferencia mostrada por uno de los menores, máxime teniendo en cuenta que José Antonio no da ninguna razón o motivo para decantarse por mantenerse bajo la custodia del padre y no de la madre. Ningún obstáculo existe para que la madre de ambos menores pueda asumir la guarda y custodia de ambos, mientras que, por el padre, si bien se solicitó inicialmente la guarda y custodia de ambos hijos, en la actualidad se limita a solicitar la guar-

da y custodia de uno de ellos, pretendiendo, de esta forma, separar a los hermanos; por ello, el criterio adoptado por el juzgador *a quo* de mantenerlos unidos bajo la guarda y custodia de la madre ha de entenderse correcto y beneficioso para el desarrollo de los menores. El hecho de que en la actualidad

ambos progenitores vivan cerca uno del otro (se afirma que a unos 500 metros), no es razón para separar a los hermanos; más bien todo lo contrario, favorece no solo el que vivan juntos, sino que además podría favorecer el contacto de ambos con sus progenitores.

2. *Estando justificado perfectamente el cambio de domicilio de la esposa e hijos a otra ciudad no procede en fase de ejecución de sentencia acordar la modificación de la guarda y custodia a favor del padre.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 9 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

Con fecha 4 de octubre de 2001 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de los de Madrid se dictó Auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “No ha lugar a requerir a D.ª Rosa a fin de que no fije su domicilio en Granada ni a privar a la misma cautelarmente de la guarda y custodia de los hijos menores, sin perjuicio de que si a su Derecho interesa, se solicite por el progenitor no custodio la modificación de las medidas acordadas en la ejecutoria, en relación a la guarda y custodia de los menores y/o en su caso, a régimen de visitas, habida cuenta el cambio de circunstancias producido. Las visitas que consistan exclusivamente en un fin de semana, deberán realizarse en Granada, pues no parece lógico que los menores deban trasladarse tantos kilómetros para tan pocos días, cuando el padre es originario de esa ciudad y puede permanecer en ella, ya que allí viven sus padres. De esta manera, deberán abonarse al 50% los gastos de desplazamiento del padre a dicha ciudad, entre ambos progenitores, teniendo como referencia el precio del desplazamiento en tren o si es en vehículo propio, en la cuantía que se establezcan las dietas por kilometraje para los funcionarios públicos”.

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, ha solicitado que se requiera a la esposa para que vuelva a Madrid, una vez acabe el curso 2001/2002, y reintegre a los hijos al colegio de esta ciudad, y, mientras tanto, sea la esposa quien afronte el 100 por 100 de los gastos de viajes y estancias del esposo, en Granada, en los periodos de comunicación con los hijos. La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de dicha resolución.

Ciertamente, la pretensión planteada por la parte apelante en esta alzada no puede tener favorable acogida, y puesto que no viene fundada en el criterio que de manera única y exclusiva resulta válido para dar lugar a alguna decisión excepcional que impida la libertad de movimiento del cónyuge que tiene la custodia, en compañía de la prole, y sin perjuicio del derecho que corresponde a dicho cónyuge, conforme a lo establecido del artículo 19 de la Constitución Española, si bien tal prerrogativa constitucional, en ocasiones, no determina la auto-

mática posibilidad de permitir que los hijos menores cambien de residencia, si se acredita que ello va en detrimento y perjuicio de los intereses de aquéllos, en lo afectante a todos los ámbitos de la vida de los mismos, y ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996.

Dicho lo anterior, *a sensu contrario*, si se justifica por parte del cónyuge que tiene la custodia el cambio de residencia, que obedece no solamente a razones personales sino también a motivos de orden laboral y profesional, si por otra parte no hay constancia de perjuicio alguno para los hijos, que desarrollan su vida con total normalidad, en el ámbito familiar y escolar, no es posible entonces establecer ningún obstáculo para que la custodia continúe a cargo de quien ha creído conveniente, personal y profesionalmente, cambiar de residencia, sobre todo si se tiene en cuenta que la esposa, que ostenta tal función, ya comunicó al juzgado en su día la necesidad de residir en Granada, en donde se ofrece mejores oportunidades laborales, teniendo en cuenta que aquella se había presentado a unas oposiciones para el ingreso en la función pública, pruebas que convocaba la Junta de Andalucía, y puesto que en

Madrid no se ofrecen expectativas en este sentido, y por ello, y para no alterar la vida escolar de los menores, era lo procedente dar lugar al cambio de residencia en el mes de julio del pasado año.

Ello ha motivado que con fecha de 4 de octubre de 2001 se dictara resolución, hoy apelada, estableciéndose un régimen de visitas acorde con la nueva situación, al tiempo que se rechazaba el requerimiento interesado, sobre la obligación de volver la apelada a Madrid, y asimismo, se establecía un criterio de equidad en orden a la obligación de afrontar los gastos de desplazamiento, al 50% entre ambos cónyuges, y tomando la referencia, en relación a dicho gasto, del precio del viaje en tren, o las dietas que los funcionarios perciben por el kilometraje realizado, de manera que, aun reconociendo que la nueva situación desde el punto de vista personal y material genera el lógico inconveniente para el apelante, ello no constituye razón suficiente para acceder a lo que se pretende, y que no es acorde con el beneficio y el interés de los menores, o con los criterios de igualdad y de equidad que se han tenido en cuenta, en orden a la obligación del pago de los gastos que ello origina al recurrente; todo lo cual, determina la desestimación del recurso interpuesto.

IV. RÉGIMEN DE VISITAS

1. *Fijación de un régimen de visitas respecto a una menor adoptada, a favor de una mujer que formaba una unión de hecho homosexual con la adoptante.*

AP TENERIFE, Sec. 1.^a, Sentencia de 6 de mayo de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Elvira Afonso Rodríguez.

La sentencia, estimatoria en parte de las pretensiones de la demanda, al reconocer a favor de la actora D.^a María Teresa el dere-

cho a relacionarse con la hija adoptiva de la demandada, D.^a Luisa, atendiendo a la condición de allegada que une a aquélla con la

menor, es recurrida por la demandada alegando a tal efecto, como motivos de la impugnación la incongruencia y contradicción en que incurre la resolución recurrida. Lo primero por entrar a conocer de cuestiones no sometidas a su conocimiento, y lo segundo porque, no obstante, rechazar la petición relativa al reconocimiento de la patria potestad de la actora sobre la menor, admite a favor de ésta el derecho a relacionarse con la misma. De otro lado se alega la vulneración del principio *iura novit curia*, y la incorrecta aplicación del instituto jurídico de la analogía, al resolver la cuestión litigiosa en base a una fundamentación jurídica diversa de la expresada por la parte, y al aplicar al caso de autos, normas exclusivamente referidas a las uniones matrimoniales. Por último, se aduce la vulneración del principio de seguridad jurídica y del artículo 1.6 del Código Civil por la evidente creación judicial del derecho.

Por su parte, la actora solicita se confirme en todos sus términos la resolución recurrida, por ser plenamente ajustada a derecho, sin que pueda estimarse que la sentencia viene a declarar la existencia de una pareja de hecho homosexual entre las litigantes, lejos de toda demostración fáctica, ya que dicha afirmación encuentra su apoyo en un abundante material probatorio obrante en las actuaciones. Así como tampoco es calificable una resolución judicial que si bien rechaza una petición principal, admite otra subsidiaria, como lo es, el reconocimiento del derecho a relacionarse con la menor.

La desestimación de todos y cada uno de los motivos alegados encuentra adecuada fundamentación jurídica en una resolución que es enteramente compartida por esta Sala. La sobrada acreditación en autos de la relación existente entre las partes, en atención a un material probatorio adecuadamente valorado por el juzgador de la instancia es de por sí suficiente para rechazar la impugnación que nos ocupa. Reconocido ello, este Tribunal quiere abundar en cuantas consideraciones de orden fáctico cuanto jurídico se vierten en ella.

En cuanto a que la relación afectiva existente entre las litigantes y la menor, es plenamente equiparable a la propia de una convivencia familiar, nada hay en los autos que nos permita dudar de tal aseveración. En tal sentido expresamos nuestra total conformidad con las consideraciones que sobre tal extremo recoge la sentencia recurrida.

Los documentos aportados sobre el expediente de adopción y las circunstancias en la que ésta se produjo, las manifestaciones de las partes, y muy especialmente la admisión por la demandada de hechos tales como que la actora la acompañó a China para formalizar la adopción, que consintió que la menor viajara en varias ocasiones a la península con la actora, así como la realización de una serie de tareas cotidianas por la demandante referidas a la menor, como visitas al pediatra o participación en actividades escolares y extraescolares, los vídeos traídos a las actuaciones, la testifical practicada (que con minuciosidad analiza y valora el juzgado *a quo*), no vienen sino a corroborar dicha convivencia familiar. Relación de convivencia que igualmente es utilizada por la pericial para justificar el mantenimiento y consolidación de dicha relación entre la demandante y la menor.

Acreditados en los términos indicados los lazos de unión existentes entre las litigantes y la hija adoptiva de la demandada, nada empece el reconocimiento a favor de la demandante de un derecho de visitas, de un derecho a relacionarse con la menor. Atribución de tal derecho que en nada infringe el principio de seguridad jurídica, ni mucho menos el de congruencia, sin que por otro lado, sea dable apreciar contradicción alguna en la resolución que se combate, por no merecer este calificativo la desestimación de la petición principal y la admisión de la pretensión subsidiaria.

El principio de congruencia como límite a la facultad del juzgador de resolver los conflictos sometidos a su consideración no se infringe por el hecho de resolver la controversia en base a una fundamentación jurídica diversa de la esgrimida en la demanda,

ya que lo que en todo caso está vedado a los Jueces y Tribunales es resolver cuestiones diversas de las deducidas por los litigantes, dando lugar a una falta de correlación entre dichas pretensiones y la parte dispositiva de la resolución. En este sentido se ha afirmado que “el requisito de la congruencia que han de cumplir las resoluciones judiciales no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal transcripción; por ello guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada”.

Asimismo tampoco puede afirmarse que el recurso a una argumentación jurídica diversa de la aducida en la demanda suponga infracción del principio de *iura novit curia*, ya que una nutrida jurisprudencia, sancionada en incontables supuestos, al tomar en consideración los principios *mihi factum daho tibi ius* y *iura novit curia*, ha afirmado que no es incongruente una sentencia que aplica a los hechos alegados y probados fundamentos jurídicos distintos para declarar la existente una relación jurídica diversa, en virtud de una concurrencia de normas que conceden acciones para hechos supuestamente idénticos.

Argumentos que por lo demás hacen ociosa toda consideración destinada a rechazar cualquiera otros de los muchos vicios que se imputan a la resolución recurrida, ya que aquéllos ofrecen base bastante para desestimar la supuesta infracción del principio de seguridad y la pretendida creación judicial del derecho que a juicio de la recurrente opera el Juzgado *a quo*.

Trasladado lo dicho a un caso como el que nos ocupa, en que la parte actora solicitó el derecho a relacionarse con la menor teniendo en cuenta que la relación mantenida entre las partes y la menor era equipara-

ble a la conyugal, que la adopción de ésta por la parte demandada se produjo constante esta relación, así como la imposibilidad, conforme a nuestro vigente ordenamiento jurídico, de que una persona pueda ser adoptada por más de una persona, salvo que sean cónyuges, es por lo que estimamos que el reconocimiento del derecho a relacionarse con la menor, encuentra su fundamento jurídico —tal y como expresa la resolución impugnada—, en el artículo 160 del Código Civil, que reconoce expresamente el derecho de los familiares y allegados a relacionarse con los menores, y cuya interpretación está sometida a las normas hermenéuticas consagradas en el título preliminar de dicho cuerpo legal, y muy especialmente el criterio que impone la interpretación de la norma de acuerdo con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada.

Precepto legal, que si bien ha tenido aplicación para superar la situación que se produce cuando por muerte de uno de los progenitores o en caso de separación o divorcio, la patria potestad es ejercida solamente por uno, quien pone obstáculos a la relación del menor con los abuelos de la otra rama, o con parientes pertenecientes a ella, muy bien pudiera aplicarse a supuestos como el que nos ocupa, ya que inspirada en la Ley francesa de 4 de junio de 1970, no restringió su ámbito de aplicación a los abuelos, como aquella norma preveía, sino que lo extendió a “parientes y allegados”. Siendo así que aun cuando el segundo de los términos puede suscitar alguna duda de interpretación, en todo caso se reserva al juzgador la labor de valorar en cada caso en que una persona se considere cercana al menor e invoque el derecho a relacionarse con él, la facultad de resolver, atendidas las circunstancias. Y son precisamente las especiales circunstancias que concurren en el caso de autos —referidas con anterioridad—, las que a juicio de este Tribunal justifican sobradamente el reconocimiento del derecho que se debate en esta alzada.

2. *Fijación de un régimen de visitas a favor de la abuela paterna estando privado de la patria potestad el padre, ya que no se ha acreditado que dicha visita sea perjudicial para el menor.*

AP VIZCAYA, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Olaso Azpíroz.

La ahora recurrente, abuela paterna del menor de ocho años de edad en la actualidad, inició procedimiento de Jurisdicción Voluntaria en solicitud de medidas cautelares al amparo del art. 158, apartados 2.º y 3.º, del Código Civil por entender que, a raíz de la separación matrimonial de los padres del citado niño, de la adjudicación de la guarda y custodia a la madre y de la privación del derecho de visitas al padre como consecuencia de la interposición de una querrela por agresión sexual, se estaban produciendo perturbaciones dañosas y perjuicios para el referido menor como resultado de estar acaparado en exclusiva por su madre y por los abuelos maternos, consistiendo aquéllas en ausencias numerosas al centro escolar, riñas con otros niños, falta de relación con personas de su edad; por lo que, para atenuar dichos efectos, venía a solicitar las medidas que el Juzgado considerara oportunas, inclusive el cuidado del citado niño por la abuela paterna promotora del expediente o, en cualquier caso, un derecho de visitas los sábados y domingo alternos.

El Juzgado rechazó la totalidad de las pretensiones anteriores e, interpuesto el correspondiente recurso, el mismo se limita a que se le conceda el derecho a estar con su nieto cada dos fines de semana, de 11 a 21 horas.

El apartado segundo del art. 160 del Código Civil dispone: “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados”; ello significa que los abuelos tienen derecho

a relacionarse con sus nietos, el que solo cede o se anula mediando justa causa, esto es, si se evidencia o hay motivos serios para suponer que esa relación va a ir en contra del propio menor cuyos intereses son, como se sabe, los que preferentemente se deben de proteger; el juzgador de instancia considera que, en el presente caso, concurre esa justa causa por las pésimas relaciones existentes entre las familias extensas de los progenitores del menor; criterio que no compartimos, ya que de lo que se trata es de determinar si la relación directa y personal entre la abuela paterna y el niño va a perjudicar a éste, aspecto sobre lo que no existe prueba alguna en la medida que la ahora recurrida no se ha preocupado de aportarlas; las malas relaciones entre ambas familias pueden tener relevancia cuando llegue el momento de trasladar al niño a casa de la abuela, pero ese no es motivo suficiente para negar a ésta el derecho legal que tiene a estar con su nieto y, en su caso, se adoptarán por el Juzgado las medidas que sean necesarias, en ejecución del presente auto, si se pusieran dificultades para el ejercicio de aquel derecho por parte de la madre del menor o por los abuelos maternos.

El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, en los términos que se acaban de señalar, en tanto que dicha relación beneficia al menor y no puede impedirse sin causa que lo justifique, tiene respaldo jurisprudencial; Y así, es de recordar la STS de 23 de noviembre de 1999 y las en ella citadas de 11 de junio y 17 de septiembre de 1996 y de 11 de junio de 1998.

El régimen de visitas que se señala consiste en los sábados y domingos alternos entre las 11 y las 21 horas; debiendo de articularse, en ejecución de este auto, la fórmula más cómoda y conveniente para el ejercicio

del derecho que se reconoce, velando sobre todo por el interés del menor, y removerse los obstáculos que eventualmente que puedan oponerse a dicho ejercicio.

3. *No procede fijar como régimen de visitas todos los fines de semana, ya que no sería acorde al interés del menor privarle de la compañía paterna durante todas las etapas de descanso escolar que permiten unas relaciones de características especiales.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 19 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

La dirección letrada de la parte apelante no ha mantenido, en el acto de la vista ante la Sala, el primero de los motivos de impugnación que anunció en sus escritos de preparación e interposición del recurso, en los que se propugnaba la atribución a la madre de la custodia del común descendiente, solicitando, en cambio, una ampliación del régimen de visitas a todos los fines de semana. Ratiﬁcó dicha parte la segunda de las pretensiones revocatorias que había expuesto en los referidos escritos, esto es la exoneración de la carga alimenticia impuesta en la sentencia de instancia.

En tal modo deﬁnido el debate litigioso en el presente momento y trámite procesales, en cuanto el apelado suplica la íntegra conﬁrmación de la resolución dictada por el Órgano *a quo*, procede entrar en el análisis de las cuestiones suscitadas, a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, en su proyección sobre las especíﬁcas circunstancias que en el caso concurren, según pone de maniﬁesto el contexto alegatorio y probatorio sometido a la consideración del Tribunal.

La pretensión referente al régimen de visitas encuentra, ante todo, un obstáculo de

índole jurídico-procesal, ya que la misma no fue anunciada, ni siquiera con carácter subsidiario, en el escrito de preparación del recurso, conforme exige el apartado número 2 del artículo 457 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en orden a deﬁnir, sin posibilidad de ulterior introducción de nuevos motivos, la contienda litigiosa en la segunda instancia.

Podría alegarse que nos encontramos ante una medida afectante a un hijo menor de edad, aspecto en el que los esquemas clásicos del procedimiento civil pueden ser flexibilizados, en aras del principio del *favor filii* que debe superponerse a los condicionantes de índole procedimental que, en los demás casos, son de inexcusable aplicación.

Pero inclusive desde esta perspectiva la pretensión articulada, ante la oposición formulada *de contrario*, está abocada a su rechazo por el Tribunal, pues no sería acorde al interés del menor privarle de la compañía paterna durante todas las etapas de descanso escolar, que permiten una relaciones de características especiales, y en todo caso más extensas e intensas, que las que pueden darse durante los días lectivos, y que son necesarias para el correcto desarrollo y equili-

brio emocional del sujeto infantil. Así inclusive pareció entenderlo la hoy apelante cuando, en su escrito de demanda en el que recababa para sí el cuidado cotidiano del menor, ofrecía, en orden a las relaciones del mismo con el padre, un régimen de alternancia en el disfrute de los fines de semana.

Por ello tales periodos deben ser repartidos entre ambos procreadores, como correctamente realiza la sentencia de instancia, lo

que hace decaer el primero de los motivos defendidos en el acto de la vista, y ello sin perjuicio del seguimiento que por el Juzgado *a quo* haya de realizarse respecto de dicho régimen de visitas, en orden a su posible adaptación a la evolución de las circunstancias, y ello en fase de ejecución de sentencia, conforme se recomienda en el informe emitido por la Perito Psicólogo adscrita a esta Audiencia.

4. *Validez de la cláusula en la que los cónyuges pactan que, en los supuestos de enfermedad padecida por los menores, el cónyuge a cuyo cuidado estuviere se lo comunicará al otro lo más rápidamente posible, pudiendo en este caso ser visitado sin ningún tipo de impedimento y limitación.*

AP VALLADOLID, Sec. 3.^a, Sentencia de 28 de octubre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Sendito Arenas.

No comparte esta Sala los reproches que el Fiscal hace de la estipulación segunda del Convenio. Establece dicha estipulación que “en los supuestos de enfermedad padecida por los menores, el cónyuge a cuyo cuidado estuviere, se lo comunicará al otro lo más rápidamente posible, pudiendo en este caso ser visitado sin ningún tipo de impedimento y limitación”.

Objeta el ministerio público que conviene determinar un tiempo máximo como respoeto a la intimidad del domicilio, sobre todo si viviere en él un tercero. Se trata —añade— de evitar que el padre no custodio aproveche la situación de enfermedad del hijo para mantenerse en la casa un tiempo superior al que sus moradores toleraran. Pide por ello, se establezca un tiempo máximo en la duración de las visitas que el progenitor no custodio pueda hacer al menor enfermo en el domicilio de cónyuge custodio.

Estima sin embargo este Tribunal que, el régimen de visitas acordado para tales situaciones, es correcto. Si en el desarrollo o uso de las visitas realmente se produjeran las extralimitaciones y abusos que sospecha el Ministerio Fiscal, existen mecanismos procesales suficientes que permiten adoptar de inmediato las oportunas medidas correctoras. Pero en principio, si algo cabe presumir es que el progenitor se comportará y actuará de forma normal y sin abusos en beneficio del menor, por consiguiente, no parece lógico imponerle *a priori* una limitación temporal en la duración de las visitas al hijo que se halla enfermo. En esa situación de enfermedad, el hijo necesita más que nunca la presencia y apoyo de ambos progenitores, por lo que resulta razonable establecer un régimen abierto y flexible de comunicaciones a fin de que éste pueda acomodarse a la gravedad de la enfermedad y las concretas circunstancias concurrentes en cada caso.

V. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Desestimación de la demanda de precario instada por los titulares de la vivienda que ocupan la esposa y el hijo en virtud de resolución judicial, al haberse apreciado la existencia de abuso de derecho en la venta de la mitad indivisa del inmueble que pertenecía al esposo con anterioridad al procedimiento matrimonial.*

AP BADAJOZ, Sec. 2.^a, Sentencia de 8 de junio de 2002.

Ilmo. Sr. D. Carlos Jesús Carapeto y Márquez de Prado.

Sostiene el apelante que nos encontramos en presencia de un precario, después de que el ex-esposo y padre de los ocupantes de la vivienda, que en virtud de resolución judicial que así lo disponía, vendiese a sus propios padres el 50 por 100 que le correspondían en la misma.

La cuestión suscitada no puede plantearse en la forma simplista que lo hace el recurrente. Existe un título, la resolución judicial que así lo dispone, en razón del cual la madre y el hijo deben disfrutar de la vivienda después de que el matrimonio junto con su hijo viniera usufructuando la totalidad de la vivienda con el consentimiento de la copropietaria hoy actora. Esta situación de usufructo se mantiene, después de la separación matrimonial, hasta que el otro copropietario al 50 por 100 de la vivienda, el marido, procede a vender la mitad de su propiedad a los padres de ambos copropietarios. Indudablemente la situación excepcional en la que se encontraban la ex-esposa y el hijo del vendedor, respecto a la ocupación de la vivienda, era conocida tanto por la hoy actora como por sus padres, e indudablemente por su hermano, puesto que a todos les une un vínculo estrecho de familia, especialmente con el hijo del matrimonio, que por serlo es también sobrino carnal de la actora y nieto de los compradores del 50 por 100

de la propiedad de la casa que correspondía al padre. Así las cosas, es legítimo pensar que la situación anómala a la que en diversos aspectos se refiere la sentencia de instancia con cierta delicadeza, da pie para suponer que nos hallamos en presencia de un supuesto de hecho y unas previsiones de derecho que en ningún caso se acomodan a los postulados de la buena fe. En atención a ello y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil, se hace necesario confirmar la resolución recurrida, porque los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y la Ley no ampara el abuso del derecho.

Atendiendo a ello, la Sala se hace eco en las sentencias como las de 26 de abril de 1976, 14 de julio de 1992 y 30 de mayo de 1998. A tenor de ellas, el abuso del derecho es aplicable como institución de equidad cuando el derecho se ejercita con intención bien decidida de causar daño a otro o con ausencia de interés legítimo. En el caso que nos ocupa es patente que existen las circunstancias precisas para entender abusiva la pretensión de la actora. No alega interés concreto legítimo ninguno que pueda justificar el desalojo de la vivienda que pretende; existe en trámite un procedimiento en el que se está discutiendo la legitimidad de la venta realizada por el copropietario; y todos

los indicios apuntan a señalar, como así se desprende incluso de la propia redacción de la demanda, que el único propósito que mueve a la actora para accionar contra la que fue su cuñada (y quien es su sobrino) ha sido la separación de la pareja que formaban

la hoy demandada y el hermano de la actora; nunca, en lo que duró la unión entre ambos, la actora hoy recurrente se opuso a que la familia de su hermano ocupase la totalidad de la vivienda en la que ella tenía una participación del 50 por 100.

2. *Extinción del uso de la vivienda familiar cuando el hijo ya es independiente económicamente y en dicho domicilio se ha constituido el nuevo núcleo de la ex esposa y su nuevo esposo.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 2 de septiembre de 2002.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda rectora de la litis recurre la demandada alegando la improcedencia de la extinción de la asignación del uso de la vivienda que fue conyugal a la madre e hijo, por estimar que el interés más necesitado de protección sigue siendo el de este núcleo familiar y por tanto debe mantenerse tal atribución.

El recurso no puede prosperar toda vez que, al ser la vivienda copropiedad de ambos consortes y ser el hijo mayor de edad y económicamente independiente, ha perdido la finalidad por la que aquél fue atribuido y no puede olvidarse ni desconocerse que la asignación del uso de la vivienda familiar concurriendo tales circunstancias nunca puede tener carácter indefinido. En efecto, como vienen sosteniendo la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales (*ad exemplum*, SS. de la AP Madrid de 17 de noviembre de 1992 y 12 de marzo de 1993, de la AP Vizcaya de 25 de abril de 1997 y de esta misma Sec. 18.^a de la AP Barcelona de 14 de junio de 1999, de 6 y 13 de marzo, 22 de mayo y 5 de junio de 2000, 23 de mayo y 28 de diciembre de 2001, 13 de marzo, 5 de junio y 1 de julio de 2002, por destacar solo

algunas de las más recientes), en ausencia de hijos comunes o cuando éstos sean independientes económicamente, la atribución a uno de los cónyuges del uso del que fuera domicilio común no puede prorrogar de forma indefinida su vigencia, en cuanto que de tal manera el derecho de quien, en tal sentido, ha de merecer una protección preferente, conforme prescriben los arts. 96 y 103 CC y 83 del Codi de Família, entraría en colisión con los legítimos derechos que al otro consorte puedan corresponder sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso, como y fundamentalmente en lo relativo a su disposición, a través de la venta u otra operación que permita la efectiva liquidación del patrimonio común, y que, por aquella vía de la asignación del uso sin límite temporal, puede ver frustrado en la práctica su derecho de reparto efectivo, y no meramente nominal, por cuotas ideales, de los bienes comunes. Así, ya el propio art. 96 CC establece la asignación del uso con carácter temporal al cónyuge no titular del inmueble, criterio que, conforme constante interpretación judicial, es perfectamente transponible a los casos de titularidades compartidas, pues de otra forma las facultades dominica-

les de uno de los cónyuges, precisamente el no beneficiario por el derecho de uso, quedarían largo tiempo, cuando no indefinidamente, frustradas, transgrediéndose de tal forma los derechos, que en cualquier otro caso de comunidad de bienes reconocen los arts. 392 y ss. del propio Código sustantivo, y en especial el de instar la división de la cosa común sancionado por el art. 400 CC. En el mismo sentido, ya la STS de 23 de noviembre de 1998, viene a decir, que una interpretación lógica y extensiva del art. 96.3 CC lleva a considerar, no habiendo hijos —debe entenderse también cuando éstos sean mayores de edad y tengan ingresos propios (como ocurre en el supuesto aquí enjuiciado)—, la posibilidad de acordar el uso de la vivienda por un tiempo prudencialmente determinado. Y por ello, esta Sala considera, al igual que la Juzgadora de Instancia, que el derecho de uso del domicilio que fue en su día conyugal debe decaer, dado el tiempo que el mismo ha sido ya disfru-

tado por la aquí apelante. Pero es más, y ello es realmente trascendente, el piso de constante alusión ha perdido en el supuesto objeto de examen el carácter propio de domicilio familiar y por mor del cual fue atribuido a la esposa y al hijo del actor-apelado, toda vez que en el mismo habita una familia distinta de la constituida en su día por los aquí litigantes y su hijo, al haberse casado nuevamente la demandada y servir tal vivienda de morada al nuevo núcleo familiar. En consecuencia, procede asimismo ratificar en este concreto extremo la resolución apelada que declara extinguida la atribución del uso del domicilio conyugal a la esposa e hijo del demandante, si bien el Tribunal quiere puntualizar y precisar, a los efectos de soslayar el hecho de que éstos tengan que dejar dicho domicilio de forma más o menos inmediata, que el derecho de uso sobre el mismo se entiende momentáneamente existente, pero solo hasta el día en que se haga efectiva y se proceda a la división de la cosa común.

VI. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Reducción de la pensión alimenticia al haberse acreditado que el padre perdió el trabajo como consecuencia de una regulación de empleo sin que sea obstáculo para ello que en aquel momento percibiese una indemnización de 6.000.000 de pesetas.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 25 de junio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Frente a la sentencia dictada por el Órgano *a quo* que, acogiendo parcialmente la demanda rectora del procedimiento, reduce la pensión alimenticia en pro de la hija común a la suma de 22.000 pesetas mensuales, se alza la parte demandada en súplica de su revocación total y, en su lugar, se mantenga dicha prestación en los términos

sancionados en el antecedente procedimiento de divorcio.

La problemática jurídico-económica así suscitada tiene su punto de arranque en la sentencia que, dictada en fecha 23 de junio de 1997, puso fin al procedimiento de divorcio de los hoy también litigantes. En la mis-

ma, y entre otros pronunciamientos, se acordó cuantificar la aportación pecuniaria del padre en orden a la cobertura de las necesidades de la hija común, que quedaba bajo la custodia materna, en 48.000 pesetas mensuales. En dicho momento, y desde el mes de octubre de 1980, el hoy apelado trabajaba en Renfe, viendo rescindido su contrato en fecha 31 de julio de 1997, en virtud de un expediente de regulación de empleo, percibiendo, por tal motivo, la cantidad de 6.286.900 pesetas (vid. folios 142 y siguientes). A partir de entonces el referido litigante alterna períodos de actividad laboral, en virtud de contratos de duración temporal, con otros en situación de paro. El último de los contratos referidos aparece suscrito en 1 de septiembre de 2000, con las características de “a tiempo parcial de duración determinada”, y la categoría de aparcacoches, percibiendo un salario neto que oscila entre 62.776 y 67.108 pesetas (vid. documentos unidos a los folios 109 y siguientes).

Bajo tales condicionantes, el mantenimiento de la pensión en los términos cuantitativos sancionados en la litis de divorcio, tal como propugna la recurrente, implicaría una injustificada transgresión de las previ-

siones de los artículos 93 y 146 del Código Civil, al aparecer profundamente alterada la situación que condicionó la originaria cuantificación del derecho hoy debatido, rompiéndose el equilibrio entonces contemplado entre las necesidades de la alimentista y las posibilidades del obligado al pago; y ello aboca, de modo ineludible y ante la pretensión del actor, a la proyección al caso de las previsiones que, sobre modificación de medidas, contempla el artículo 91, *in fine*, del Código Civil, máxime cuando, contra lo que se alega, no aparece acreditado, en el curso de la litis, la existencia de signos externos que, por la vía establecida en el artículo 386 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, puedan llevar a la conclusión de que el padre disponga de otros recursos distintos de los salariales antedichos, sin que la indemnización percibida de Renfe, dado el tiempo transcurrido, pueda justificar, en modo alguno, el mantenimiento de la obligación en sus iniciales términos.

Por lo cual esta Sala, de conformidad con lo prevenido en el artículo 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede por menos de coincidir con el criterio decisorio plasmado en la sentencia de instancia.

2. *Dada la honda discrepancia existente entre el hijo y el padre no puede estimarse la posibilidad de que éste preste los alimentos al hijo recibiendo en su propio domicilio.*

AP GRANADA, Sec. 3.^a, Sentencia de 13 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José de Valdivia y Pizcueta.

Señala el recurrente que el padre necesita al hijo, por lo que desea prestar los alimentos “recibiéndolo y manteniéndolo en su propia casa”. Es cierto, que el art. 149 CC sienta: “El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y mante-

niendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”. Pero también es verdad, y lo añade el párrafo segundo del artículo que se examina, que: “Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judi-

cial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”. La transcripción del precepto contenido en el art. 149, que fue modificado por la LO 1/1996, de 15 de enero, pone de relieve, que el derecho a prestar alimentos mediante la relatada opción, no puede ser absoluto, ni menos aún limitar el examen que los Tribunales, en cada caso concreto, han de llevar a cabo con respecto a dicho problema (STS de 29 de noviembre de 1934). Así, pues, si de ese examen aparecen estorbos morales o legales que impidan la convivencia expuesta, la misma no se podrá imponer (SSTS de 2 de diciembre de 1983 y de 25 de noviembre de 1985). Y esto es lo que aquí ocurre, ya que frente a lo dicho por el hijo, en el acto del juicio, “estudiaría seriamente esa posibili-

dad” (la de ir a vivir a casa del padre), que nada expresa en cuanto deseo actual, se desliza lo potencial, apareciendo una honda discrepancia, que se palpa, en la relación parental, que necesariamente hace negar su realización. Y por lo que atañe a la cuantía de la prestación alimenticia, ante la penuria del actor, recogida en la sentencia de la primera instancia, y el estado económico del demandado, la persona llamada a prestar los alimentos; la cuestión de hecho, la determinación de la proporcionalidad entre el caudal o medios de quién los da y las necesidades de quien los recibe (art. 146 CC, STS de 5 de noviembre de 1983), ha de estimarse adecuadamente resuelta por la sentencia de la primera instancia, lo que lleva a su confirmación.

3. *Las clases de judo, el comedor escolar, los libros de texto y el material escolar no tienen carácter de gastos extraordinarios.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 19 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado, según ya lo intereso ante el Juzgado, que se considere como gasto extraordinario diversos conceptos relativos a la actividad de judo, comedor, libros de texto, educación y material escolar, reclamando el 50% al esposo, por importe de 63.008 pesetas, al tiempo que interesaba la imposición de una sanción a la otra parte, por incumplimiento de la obligación de pago, y conforme al artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto *de contra-*

rio, ha solicitado la confirmación de la resolución dictada por el Juzgado.

En modo alguno puede tener favorable acogida la pretensión planteada por la parte recurrente, por cuanto que no distinguen de un modo correcto el concepto del gasto extraordinario, como aquel que se produce de un modo excepcional, y por razón de concretas circunstancias afectantes a la vida de la prole, y en relación no solamente a su educación y asistencia, en general, sino también por lo que se refiere a atenciones y tratamientos clínicos, médicos o farmacológicos, de manera que en aquellos casos en los que se produzca una excepcional incidencia

que venga referida a cualquiera de estos capítulos, sin constituir un número cerrado pues habrá que analizar y estudiar cada caso concreto, cuando se suscite la problemática relativa al concepto del gasto extraordinario, es lo cierto entonces que, si tal gasto se ha producido en las condiciones ordinarias relativas al consentimiento de la otra parte o a la autorización judicial, a falta de este consentimiento, para dar lugar a la procedencia de dicho gasto, sólo en estos supuestos será posible exigir su pago, en el porcentaje correspondiente, si dicho gasto se ha generado realmente y se ha sufragado por uno de los progenitores.

Sin embargo, dicho lo anterior, no es posible incluir en este capítulo aquellos conceptos de orden ordinario que se incluyen de un modo claro y sin lugar a dudas, en el capítulo de los alimentos, como ocurre con todo aquello que tenga relación con la ali-

mentación ordinaria, o con la educación, también ordinaria.

Siendo así que en relación al gasto de una actividad deportiva no fue consultado ni hubo acuerdo al respecto con otro cónyuge, ni se obtuvo autorización judicial a falta de dicho acuerdo, dicho concepto no puede incluirse como gasto extraordinario; lo propio ocurre, aunque por otras razones, con el gasto de comedor y de colegio, pues ello debe incluirse en el apartado de la pensión de alimentos, según el concepto que refiere el artículo 142 del Código Civil, de manera que, a falta de controversia, en este caso, sobre el gasto incluido como extraordinario en lo referente a los libros de texto, es lo procedente desestimar la petición formulada en el escrito del recurso, tanto en lo que se refiere a la reclamación del gasto extraordinario como a aquella otra solicitud, sobre la imposición de sanción a la parte apelada.

4. *Aun cuando el hijo ha cumplido 26 años de edad no procede dejar sin efecto la pensión alimenticia, ya que actualmente se encuentra en una avanzada etapa de su formación académica que le ha de permitir su próxima integración en el mercado laboral; por ello se estima prudente limitar temporalmente a un año el abono de la pensión.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 13 de septiembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

En el curso de la *litis* ha quedado acreditado que el tercero de los hijos del matrimonio, Rafael, sigue viviendo con su madre, extremo éste ni siquiera negado *de contrario*, careciendo de autonomía pecuniaria, y en fase de finalización de su etapa de formación académica.

Con tales condicionantes debe operar en el caso lo prevenido en el repetido art. 93, párr. 2.^o, pero sin que el derecho que ahora se reconoce, manteniendo el ya sancionado

en la *litis* de separación matrimonial, pueda pervivir de modo indefinido e incondicional, ya que, como viene sosteniendo este Tribunal, la subsistencia del mismo debe vincularse, conforme a la filosofía inspiradora de tal precepto, a la etapa de formación académica o profesional del común descendiente, una vez superada la mayoría de edad, y ello sin perjuicio del derecho que al mismo pueda asistir posteriormente, caso de seguir careciendo de recursos propios, para

reclamar alimentos de sus procreadores, pero ya en nombre propio y a través del adecuado cauce procesal, distinto de la *litis* matrimonial de aquéllos.

Por lo cual, habiendo superado ya Rafael los 26 años de edad, y encontrándose, al tiempo de la sustanciación de la *litis* en la

instancia, en una avanzada etapa de su formación académica, que le ha de permitir su próxima integración en el mercado de trabajo, procede establecer un límite máximo de un año a la pervivencia del derecho debatido, a computar desde la fecha de esta resolución, en cuyo sentido se acoge parcialmente el recurso al efecto entablado.

5. *Los elevados ingresos del padre determinan una mayor cuantía de la pensión alimenticia por cuanto mayores son las necesidades de un menor cuyo desarrollo se circunscribe a un entorno dotado de mayores recursos.*

AP CANTABRIA, Sec. 4.^a, Sentencia de 26 de septiembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Tafur López de Lemus.

El recurso del padre descansa básicamente sobre un único motivo, según el cual existiría absoluta desproporción entre los recursos de los padres y las necesidades del menor (de un año de edad). Sostiene el recurrente que si los ingresos del padre y de la madre son idénticos, y a él se le ha impuesto una pensión de 55.000 ptas., quiere ello decir que la pensión de alimentos fijada en favor del menor se elevaría nada menos que hasta las 110.000 ptas., cifra muy superior al coste que suponen las necesidades de un niño tan pequeño.

El motivo, sin embargo, debe decaer por tres razones. La primera estriba en que el apelante no computa, como aportación de la madre a los alimentos del hijo, el trabajo de dedicación a éste (art. 103.3 CC), que consumiría gran parte de la obligación de la madre. Ésta, por consiguiente, tendría que aportar en metálico, para pago de otras necesidades del hijo, menor cantidad que el padre. De hecho, si valoráramos conforme a precio de mercado lo que cuestan las horas que la madre dedica al hijo, resultaría una cifra importante. La segunda razón consiste

en que la pensión alimenticia, que comprende la manutención, habitación, vestido, etc., del alimentista, ha de ser de calidad y categoría proporcionada a los medios del obligado y a las necesidades del perceptor. No se trata, ciertamente, de una parte alícuota de las rentas o ganancias del deudor, sino de la ayuda adecuada para proporcionar lo necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida. Pero no al nivel mínimo aceptable (como viene a sostener el demandado), sino al tenor que pidan las circunstancias del caso. Quiere esto decir que un hijo de padres especialmente solventes tendrá derecho a una pensión de alimentos más elevada que la que pueda percibir un hijo de padres menos potentados, porque de hecho, y mientras los padres no se separan, el hijo de los primeros suele recibir más recursos que el de los segundos (mejor habitación, mejor vestido, mejor alimentación, más gastos de educación, más gastos de recreo, etc.). Así las cosas, y considerando, primero, que los gastos necesarios para la propia subsistencia (considerada —además— ésta en sentido amplio) que tendría que afrontar

una persona de las características del demandado difícilmente superarían lo que al recurrente queda después de pagar la pensión que se le fija la sentencia recurrida; y segundo, que las atenciones económicas que ordinariamente recibe un hijo único cuyos padres obtienen unos ingresos conjuntos de aproximadamente 400.000 o 500.000 ptas. mensuales, puede acercarse a las 100.000 ptas. mensuales, no parece desproporcionado fijar en 50.000 ptas. mensuales la deuda de alimentos a que debe hacer frente el padre. Por último diremos que la medida económica del crédito alimentario debe fijarse con proyección de futuro, pues no solo no está prevista legalmente su revisión de oficio cada cierto tiempo, sino que el criterio legal es precisamente el contrario, esto es, su mantenimiento, puesto que la modificación solo es posible probando una alteración, y sustancial, de las circunstancias tenidas en cuenta para la fijación de la pensión (art. 90 CC). Esa pensión, por tanto, debe ser establecida ponderando las necesidades que el hijo tendrá durante un período de tiempo largo, que puede incluso llegar hasta la mayoría de edad.

No mejor suerte debe correr el recurso entablado por la madre, porque éste descansa sobre un hecho que no puede ser tenido en cuenta para fijar una obligación presente y periódica como es la de alimentos. Tal hecho consistiría en haber sido la madre quien, hasta el momento presente, ha corrido con la práctica totalidad de los gastos de manutención del hijo, de los que el padre —según ella— se ha desentendido completamente. Sucede, sin embargo, que el crédito derivado de ese hecho es distinto del crédito alimentario que en este procedimiento se cita. Aquel hecho, en su caso, podrá dar lugar a una reclamación de la madre contra el padre basada en haber pagado por éste parte de los alimentos del menor, aquélla que correspondía al padre, pago por tercero que es reembolsable *ex art. 1158 CC*; o podrá dar lugar a una acción fundada en el enriquecimiento que dicho pago, en lo que concernía al padre, ha supuesto para éste, con el consiguiente empobrecimiento para la madre. Por lo demás, en el recurso de la demandante no se dan razones suficientes que demuestren el posible error padecido por el juzgador a la hora de fijar la deuda alimentaria a cargo del padre.

VII. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Mantenimiento de la pensión compensatoria ya que en el informe de la detective se reflejan hechos y apreciaciones subjetivas carentes del obligado sustrato u origen de conocimiento fiable, y que por ello resultan ineficaces pues no se consignan los días concretos de efectiva pernoctación comprobada del supuesto conviviente, ni se objetivan con fechas y horas los hechos determinantes de valoración a los efectos de prueba de la vida común habitual y estable.*

AP GIRONA, Sec. 2.^a, Sentencia de 6 de junio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro.

El demandante incide en esta alzada en la concurrencia de causa de extinción del dere-

cho a la pensión compensatoria por existir convivencia entre la demandada y una ter-

cera persona, lo que a su juicio queda acreditado por el informe de detectives aportado con la demanda.

La sentencia apelada, acogiendo el criterio jurisprudencial relativo de lo que ha de entenderse por convivencia marital a los efectos de extinción del derecho a la pensión compensatoria, mantiene que supone una cohabitación permanente y estable que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar de hecho, o convivencia *more uxorio*, que a juicio de la Juzgadora *a quo*, no ha quedado demostrada en este caso.

Tanto el art. 101 del Código Civil, como el art. 86.1.c) del Código de Familia de Catalunya que contemplan la convivencia marital como causa de extinción de la pensión compensatoria, han merecido una interpretación jurisprudencial perfectamente reflejada en la sentencia apelada, en la que las notas de habitualidad y estabilidad de la relación convivencial han de quedar plenamente demostradas, cosa que no ocurre en el presente caso, en que una detective privado efectúa una exposición personal y de valoración subjetiva de hechos, que de forma abstracta y carente de rigor refleja una supuesta vida sentimental de la demandada compartida con señores que dice conviven con ella; en la actualidad se dice que convive con el señor Juan y se alegan conversaciones con la madre de éste, quien al parecer facilita un teléfono para localizarlo, que es el de la demandada; añade que se les ha visto haciendo compras juntos y paseando, observando que ese señor llega con su coche a la casa de la demandada cargado de cajas y cierra el coche en el garaje.

Datos absolutamente difusos, sin referencia a días y horas concretos con actos perfectamente especificados, de los que no

puede sin más extraerse como conclusión una permanencia en comunidad de viviendas e intereses, tanto personales como sociales y económicos, reveladores de una unión de características similares a la matrimonial.

Y desde luego la prueba de una convivencia *more uxorio* dispone de numerosas posibilidades demostrativas, que quedan lejos a exigencia probatoria diabólica, pues van desde los informes de los dotados de rigurosidad y objetividad (movimientos y estancias puntuales, datados y acreditados convenientemente), a pruebas documentales (empadronamiento, números telefónicos y cuentas comunes, buzón compartido...), testificales variadas que con razonable razón de conocimiento puedan declarar la realidad convivencial, etc.

En el presente caso, el informe de detectives no es riguroso y la restante prueba resulta insuficiente a efectos demostrativos de la convivencia marital *more uxorio*, por lo que ha de coincidir este Tribunal con el criterio valorativo de la Juzgadora *a quo*, ya que ni siquiera a través de la vía presuntiva, quedaría demostrado con la suficiente amplitud el hecho base, del que poder obtener el hecho consecuencia de la convivencia habitual, estable y permanente, pues no se consignan los días concretos de efectiva pernoctación comprobada del supuesto conviviente, ni se objetivan con fechas y horas los hechos determinantes de valoración a los efectos de prueba de la vida común habitual y estable, en el informe de la detective, que refleja hechos y apreciaciones subjetivas carentes del obligado sustrato u origen de conocimiento fiable, y que por ello resultan ineficaces a los efectos probatorios pretendidos.

2. *No procede fijar pensión compensatoria temporal dada la duración de la convivencia entre los litigantes, durante 24 años, la edad de la esposa a la fecha del cese convivencial, 51 años, la dedicación a la casa y a la familia, sin que se le conozca actividad laboral retribuida fuera de ella, y la falta de calificación profesional.*

AP GIRONA, Sec. 2.^a, Sentencia de 6 de junio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro.

En cuanto a la temporalidad de la pensión compensatoria, baste que efectivamente, si el art. 97 del CC no prevé una limitación temporal de la pensión compensatoria, tampoco la excluye, y el art. 86.1 d) del Código de Familia admite expresamente el carácter temporal cuando prevé la extinción por el transcurso del plazo por el que se estableció.

Ahora bien, el hecho de que la pensión compensatoria no constituya un derecho absoluto ni vitalicio por antonomasia, tampoco impide que en determinadas circunstancias, atendiendo a la edad y estado de salud de los cónyuges, la calificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo del consorte desfavorecido, la dedicación pasada y futura a la familia, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, y los medios económicos y necesidades de cada cónyuge, se pueda fijar la pensión compen-

satoria sin limitación temporal, lo que por otra parte viene siendo habitual en la práctica forense.

En el presente caso, dada la duración de la convivencia entre los litigantes, durante 24 años, la edad de la esposa a la fecha del cese convivencial, de 51 años, la dedicación a la casa y a la familia, sin que se le conozca actividad laboral retribuida fuera de la misma, la falta de calificación profesional, sin facilidad real de acceso a un empleo, y las posibilidades económicas del apelante, que tiene unos ingresos netos de 2.848.775 pesetas, considera este tribunal que queda justificada la pensión compensatoria sin limitación temporal y en la cuantía fijada, que mantiene el importe establecido en la sentencia de separación, desestimando con ello el recurso formulado por D. Joan.

3. *No procede extinguir la pensión compensatoria por la circunstancia de que la esposa haya comenzado a cobrar una pensión no contributiva.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 9 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

La parte apelante a través del escrito de formalización del recurso de apelación in-

terpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha reproduci-

do, a propósito de la pensión compensatoria, la solicitud formulada en escrito de demanda de modificación de efectos, interesando esencialmente la supresión de dicho derecho para la esposa, habida cuenta de la reducción de sus ingresos.

La naturaleza y el objeto del procedimiento de modificación de efectos exige delimitar las pretensiones que pueden ser traídas a esta clase de procesos, y que deben estar basadas en circunstancias que tengan su origen en acontecimientos futuros, nuevos, imprevisibles, inciertos y de especial relevancia y trascendencia, de manera que, en este sentido, y para el éxito de dicha pretensión es necesario justificar, cuando se trata de obtener una sentencia que estime la solicitud, sobre supresión de una medida económica que debe afrontar quien solicita la modificación, que ciertamente, no solamente ha variado esencialmente la situación patrimonial y económica del cónyuge beneficiario de tal medida, sino que también se ha producido una aminoración en las posibilidades pecuniarias de quien hasta ese momento estaba obligado a dicha prestación, a la sazón, sobre abono de una cuantía por el concepto de pensión compensatoria, y, *a sensu contrario*, es necesario que tal modificación, en lo que afecta a ambos cónyuges, sea sustancial e importante, no bastando cualquier alteración que suponga una mínima incidencia en la posición de uno y otro.

A mayor abundamiento, se hace preciso dar una respuesta rigurosa a la cuestión que ahora plantea dicha recurrente, partiendo de la base de que ya en su momento se obtuvo, en un anterior procedimiento de modificación de efectos, la reducción de la cuantía de la pensión compensatoria, en razón del cambio operado en la situación económica del

obligado al pago, habiendo recaído en su momento sentencia que, teniendo en cuenta la situación de jubilado de aquél, dio lugar a una reducción, a la mitad, de la cuantía de la pensión compensatoria.

Con tales antecedentes, y partiendo del hecho contrastado sobre la modificación operada en la posición del esposo, con las consecuencias establecidas en la anterior sentencia, según lo dicho, y aun aceptando que la esposa, actualmente, percibe una pensión no contributiva, que no excede de las 25.000 pesetas mensuales (150,25 €), con efectos desde julio de 1997, teniendo en cuenta la mínima cuantía que venía establecida, en concepto de pensión compensatoria, por importe de 11.940 pesetas mensuales, es claro que tal circunstancia, relativa al percibo actual de la pensión no contributiva por parte de aquélla, no constituye un hecho tan decisivo y relevante como para dar lugar a la supresión de dicho derecho, y en consecuencia, tampoco resulta esencial y de especial trascendencia el hecho de que por tal circunstancia, relativa al percibo de dicha pensión no contributiva, el esposo haya dejado de percibir una pequeña cuantía, en concepto de mejora, que formaba parte de los ingresos totales que en el recurrente percibía en su condición de jubilado, situación en la que se encuentra desde 1993, y por cuanto que actualmente viene a percibir una pensión de jubilación, en catorce pagas, en una cuantía que supera las 70.000 pesetas mensuales, y por cuanto antecede, vista la mínima cuantía que debe satisfacer, por el concepto antes indicado, a la esposa, es lo procedente mantener el pronunciamiento de la sentencia impugnada, que, a su vez, mantiene la vigencia de lo acordado en la sentencia de 16 de enero de 1996.

4. *No procede aumentar la cuantía de la pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio con base en que la esposa desconocía los ingresos reales que percibía el esposo cuando se tramitó la separación.*

AP BURGOS, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente.

Sostuvo la defensa de la esposa en su escrito de contestación a la demanda y reconvencción, como fundamento de su pretensión, que se aumentase en 50.000 ptas. mensuales el importe de la pensión compensatoria, ya que en el momento de la separación, los ingresos con los que contaba su esposo eran mucho mayores que los que eran conocidos por ella, y que la hicieron aceptar el convenio regulador. Es decir, no alegó entonces, en ningún momento, que, tras la firma del Convenio Regulador, se hubiesen visto incrementados de forma apreciable los ingresos del esposo sino que lo que sostuvo fue que en el momento de la firma desconocía cuál era el montante real de dichos ingresos, desconocimiento éste que ni ha quedado acreditado, ni constituye una alteración sustancial de las que exige el art. 100 CC que se acrediten para poder soli-

ciar la modificación de la pensión, pues la modificación de circunstancias prevista en el indicado precepto ha de ser posterior al momento en que las mismas pudieron haberse tenido en consideración para fijar la medida y su alcance.

Es ahora, en este trámite de apelación cuando, de forma totalmente extemporánea, y con infracción del principio *pendente appellatione nihil innovetur*, y de lo dispuesto en el art. 456.1 LEC 1/2000, de 7 de enero, alega *ex novo* la apelante que los ingresos del esposo se han visto incrementados, después de la separación, como consecuencia de haber ascendido el mismo de categoría laboral, circunstancia de la que dice haber tenido conocimiento en el acto del juicio, la cual, por lo expuesto, no fue tratada en la sentencia apelada, ni puede serlo, por su novedad, en la presente resolución.

5. *No es motivo para el aumento de la pensión compensatoria que la esposa tenga nuevas cargas dimanantes del préstamo hipotecario que pesa sobre la vivienda familiar que se le adjudicó en la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que cuando se produjo tal adjudicación ya conocía dicha carga.*

AP BURGOS, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente.

Sostiene la apelante, a los mismos efectos del pretendido incremento de la pensión

compensatoria, que las circunstancias tenidas en consideración en el Convenio Regu-

lador aprobado en la sentencia de separación han cambiado, puesto que la cuota mensual que tiene que abonar para amortizar el préstamo hipotecario que pesa sobre su vivienda era de 489,9 euros en el año 2000, mientras que en el año 2001 ascendió a 573,31 euros; lo cierto es, sin embargo, que la vivienda en cuestión es la que constituyó la última vivienda familiar, que le fue adjudicada a la esposa en la liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicación que asumió con plena conciencia de que sobre la vivienda pesaba un préstamo con garantía hipotecaria a interés variable, de tal forma que los incrementos o disminuciones de las cuotas de amortización del indicado préstamo, como consecuencia de las fluctuaciones que experimentan los índices de

referencia, no pueden considerarse por sí solos como alteraciones de circunstancias a tener en consideración a los efectos previstos en el art. 100 CC, pues se trata de unas circunstancias plenamente previsibles, y consecuencia directa de los pactos a los que llegaron los cónyuges para la liquidación del régimen económico matrimonial, de manera que debe concluirse que a la esposa se le adjudicó la vivienda, asumiendo ésta la obligación de amortizar el préstamo hipotecario en las condiciones en que el mismo había sido concedido, por lo que no puede alegar el normal fluctuar de los índices de referencia como alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para cuantificar la pensión compensatoria.

VIII. CUESTIONES PROCESALES

1. *Los hijos no están legitimados ni para accionar ni para ser demandados en los procesos matrimoniales, aunque se den los presupuestos establecidos en el art. 93.2 CC.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 2 de septiembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda rectora de la *litis* plantea la demandada la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandado y traído al proceso el hijo, cuando por el demandante precisamente se solicita la supresión de la pensión de alimentos de dicho hijo, y, al respecto, reitera que se desestime la pretensión actora, por considerar que no se halla bien constituida la relación jurídico-procesal.

Planteada así nuevamente la problemática litigiosa en esta alzada, es de señalar, en

primer término, que basta para desestimar la pretensión de la demandada-recurrente, remarcar que el hijo no está legitimado ni para accionar ni para ser demandado en los procesos matrimoniales, aunque se den los presupuestos establecidos en el art. 93.2 CC, tal como ha indicado con reiteración esta Audiencia Provincial, así, entre otros, autos de esta misma Sec. 18.^a de 25 de enero y 13 de septiembre de 1999, 18 de septiembre de 2000 y 15 de enero de 2001 y SS. de 28 de junio de 2001 y 28 de marzo de 2002, que proclaman textualmente: “que solo los cón-

yuges o *ex* cónyuges —y el Ministerio Fiscal cuando existen hijos menores de edad— pueden ser parte en los procesos matrimoniales que se interpongan para conseguir la separación, el divorcio, o las sucesivas modificaciones de efectos; la reforma del art. 93 CC, que introdujo su párrafo segundo, relativo a que se había de fijar o mantener la pensión alimenticia para los hijos mayores de edad no independientes, no sustituyó la representación de éstos por parte del Ministerio Público, ni estableció una intervención adhesiva de los mismos como coadyuvantes, necesaria o litisconsorcial, ni como terceros pretendientes, sino que dejó en manos de los progenitores la discusión acerca de los alimentos de tales hijos, forjando así una especie de extensión de la representación de

éstos, en el orden procesal, siempre y cuando se dieren los presupuestos del mentado precepto, es decir, que exista convivencia en el domicilio familiar y que no sean independientes económicamente, de manera que siéndolo, el progenitor obligado al pago puede pedir la extinción de su obligación, pero para ello solo ha de demandar al otro progenitor, antiguo custodio, y no a éste y a sus hijos a la vez. Doctrina ésta que queda plasmada con total claridad en la STS de 24 de abril de 2000. En consecuencia y sin necesidad de mayores consideraciones, al haber sido desestimada correctamente la susodicha excepción por la juez *a quo*, procede ratificar la tesis contenida en la resolución de instancia y desestimar, por ende, el primer motivo de la presente apelación.

2. *Condena en costas en el procedimiento de modificación de medidas cuando la demanda es desestimada.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 5 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

La desestimación de la demanda ha de atraer al caso, en materia de costas procesales, el criterio del vencimiento objetivo que sancionaba el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, reproducido por el 394 de la Ley 1/2000, y que, al contrario de lo que acaece en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, en que la intervención de los Tribunales es imprescindible para constituir el nuevo estado civil, re-

sulta de indiscutible aplicación en los de modificación de medidas, a fin de resarcir de los gastos efectuados a quien se ha visto llamado al procedimiento ante una infundada pretensión de la contraparte, y sin que para ello sea necesario, en el sistema instaurado a partir de la Ley de 6 de agosto de 1984, una especial declaración judicial de temeridad o mala fe.

3. *No procede declarar la nulidad de actuaciones por la circunstancia de que no se haya grabado la vista en soporte magnético.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 5 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha interesado, en primer lugar, la nulidad de las actuaciones desde el acto de la vista celebrada en la instancia y la retroacción a dicho momento procesal de dichas actuaciones, argumentando la infracción de los artículos 147 y 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por cuanto que no se procedió a la grabación y reproducción del sonido y de la imagen de dicha vista.

Criterios estrictamente procesales pudieran determinar el fracaso de la pretensión formal planteada en el escrito de interposición del recurso de apelación, en relación a la solicitud de nulidad de actuaciones, y por cuanto que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debió la parte recurrente, a través del escrito de preparación del recurso de apelación, expresar dicho motivo del recurso, sobre nulidad de actuaciones, siendo así que no se contiene en dicho escrito alegación alguna a propósito de la pretensión de orden procesal que, después, se recogía en el escrito de interposición del recurso.

En cualquier caso, y a mayor abundamiento, la pretensión procesal que plantea el recurrente en primer lugar no puede tener favorable acogida pues no tiene su amparo en una correcta interpretación de lo dispuesto en los artículos 147 y 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos que hacen referencia a la documentación de las actuaciones mediante el sistema de grabación y reproducción de la imagen y el sonido, si

bien no es posible aceptar criterios excesivamente formalistas para dar lugar a tan grave decisión judicial, sobre nulidad de actuaciones, por el hecho, conocido y asumido por la parte recurrente en su momento, de no haberse dado lugar a la grabación y reproducción de la imagen y el sonido correspondiente al acto de la vista en su momento celebrada, máxime cuando no se fundamenta dicha petición en una violación del derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva, y siendo así que no es posible amparar pretensiones fundadas en criterios formalistas rigurosos, cuando no se acredita que dicho defecto meramente formal ha tenido por consecuencia el perjuicio de la parte en los términos antes indicado, relativos a la defensa y tutela judicial, o a la vulneración del principio de contradicción o de igualdad procesal entre las partes; en este sentido, conviene hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que sanciona con nulidad de pleno derecho los actos judiciales cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión. No es posible resolver la cuestión planteada sin tener en cuenta este último precepto, que delimita claramente los supuestos en los que procede tan grave consecuencia procesal, y *a sensu contrario*, también define la irrelevancia, en ocasiones, de la concurrencia de algún defecto de orden formal.

A mayor abundamiento, debe recordarse que en el acta de la comparecencia celebrada en su momento se hizo constar expresamente que no se había procedido a dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 147 y 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por acuerdo adoptado en la Junta de jueces, y para preservar la intimidad de las partes, todo lo cual se pone en conocimiento de las mismas antes del comienzo de dicha comparecencia, sin que nada manifestaran al respecto, de manera que, concluido dicho

acto procesal, consecuentemente todas las partes firmaron dicha acta, sin dar lugar a formular ninguna puntualización o protestas al respecto; por último, tampoco denuncia la parte recurrente que el contenido de dicha acta no responda a la realidad de cuanto ha ocurrido en el acto procesal cuya nulidad se pretende, ni se advierte la omisión de ninguna incidencia ocurrida durante dicho acto, todo lo cual determina la desestimación de la nulidad pretendida.

4. *Adopción de medidas cautelares frente a una sociedad limitada propiedad de los cónyuges al haber quedado acreditada la intención de la esposa de cerrar el negocio tras haberse presentado la demanda de separación.*

AP ZAMORA, Auto de 12 de noviembre de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Esther González González.

Por la representación del esposo se impugna la resolución que deniega las medidas cautelares por entender que las solicitadas no son ajenas al procedimiento de separación, es el momento procesal oportuno sin que deban diferirse al trámite de liquidación de la sociedad de gananciales y en modo alguno para su adopción el recurrente debe acudir a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Con carácter previo se impone exponer los siguientes antecedentes: A) Por el hoy recurrente se presentó demanda de separación contra M.^a Estrella, que fue admitida a trámite por Auto de 14 de febrero de 2002, en la misma no se solicitó ningún tipo de medida provisional. B) Con fecha 1-2-02 se presentó por el esposo demanda en solicitud de medidas cautelares de los arts. 724 de la LEC y 102 y 103 del CC, haciéndose constar en la fundamentación jurídica que el procedimiento a seguir sería el del art. 771 de la

Ley Rituaria previsto para las medidas previas a la demanda de separación; C) De los documentos acompañados con la demanda, interrogatorio de los cónyuges y testifical del asesor fiscal, resulta acreditado que los hoy litigantes constituyeron una sociedad limitada denominada B. dedicada a perfumería siendo la esposa la administradora única de la misma, y el testigo presentado el asesor que llevaba la contabilidad, resultando que desde principios de febrero la esposa ha empezado a devolver mercancía y ha comentado tanto a los proveedores como al asesor que tenía intención de cerrar el negocio, contrariamente a lo que manifiesta la esposa en el interrogatorio, que admite no obstante la existencia de unos beneficios de aproximadamente unos 10 millones el año pasado. D) el esposo ha prestado en el presente procedimiento la caución.

En primer lugar se impone estudiar si habiéndose incoado un proceso matrimonial

por separación sin que se solicitara medida alguna de índole personal o patrimonial se puede pedir durante la tramitación de aquel la adopción de medidas cautelares y por distinto trámite del previsto para las medidas previas o coetáneas a la admisión de la demanda de separación. La anterior LEC era clara al respecto, pues las medidas provisionales o coetáneas eran aquellas que se solicitaban al mismo tiempo que se interpone la demanda de separación, divorcio o nulidad, o con posterioridad una vez admitida la referida demanda, con una duración temporal, y así se desprendía del art. 1886 e incluso alguna sentencia (véase SAP Santa Cruz de Tenerife 1-12-87) vino a admitir que se podían adoptar medidas *ex novo* incluso estando los autos en apelación, es decir, que no era obstáculo la adopción de medidas aunque no se hubieran pedido en la demanda o en la contestación y reconvención, siempre y cuando no hubiera terminado el proceso por sentencia firme; y así puede pensarse que durante la tramitación de la separación puedan aparecer situaciones novedosas no existentes al tiempo de la iniciación de los procesos matrimoniales, y no sólo en relación a los bienes gananciales, como en la presente *litis*, sino también de carácter personal para satisfacer necesidades perentorias y urgentes, como ayudas económicas para la subsistencia de personas, guarda o depósito de personas amenazadas o abandonadas, retirada o suspensión de la patria potestad (así el art 158 CC declara que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º) Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2.º) Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.º) En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proce-

so civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria). En el mismo sentido se pronunció la AT de Bilbao de 12-4-85, donde se manifiesta igualmente que queda abierta a las partes la posibilidad de instar la revisión de las medidas inicialmente adoptadas en razón no solo de nuevos hechos o a la variación sustancial de los ya examinados, sino también al descubrimiento de hechos anteriores, de influencia en su determinación, que por desconocimiento de los interesados no pudieron alegarse ni, por ende, ser tomados en consideración por el Juez.

En la nueva LEC, como muy bien dice la actora, a la vista del texto del art. 773 las medidas provisionales se pedirán en la demanda aunque también se prevé que en la vistas del proceso principal puedan someterse al juez los acuerdos que sobre tal materia hayan alcanzado los cónyuges y a falta de acuerdo, tras la correspondiente prueba, se resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas. En la presente *litis*, el recurrente, sin esperar a la vista ha venido a instar la adopción de medidas cautelares, y si bien manifestó en su escrito que el trámite a seguir era el del art. 771 de la LEC, previsto para las medidas provisionales previas a la demanda, ello sin duda se debió a un error, siendo así que el Juzgado las tramitó por los arts. 730 y ss. Las medidas cautelares, como se expresa en el artículo referenciado, pueden solicitarse no sólo con la demanda sino también antes de su interposición e incluso con posterioridad a su presentación, si bien en este caso, se requiere que la petición se base en hechos o circunstancias que justifiquen la solicitud en ese momento. Por otra parte, si bien es cierto que los arts. 102, 103 y 104 del CC prevén medidas provisionales o cautelares en el marco de las demandas de separación, divorcio y nulidad, ello no impide que pueda acudir al campo de las medidas cautelares reguladas de forma general en la LEC, arts. 721 y ss., pues no existe precepto alguno que excluya su aplicación, máxime cuando con ellas se trata de hacer posible la efectividad de la tutela judicial.

Admitido pues que pueden adoptarse medidas cautelares fuera del ámbito de los procesos matrimoniales, el problema que se plantea es si son posibles las solicitadas por el recurrente referidas a una SRL que pertenece a ambos cónyuges. Frente a la posición del Juzgador de Instancia y del recurrido que difiere la adopción de medidas sobre la entidad constituida únicamente por los dos esposos al trámite de liquidación de la sociedad de gananciales, esta Sala considera que por la sola circunstancia de que los esposos hayan constituido con aportaciones de carácter ganancial una sociedad de responsabilidad limitada, en modo alguno puede sustraerse o excluirse dicha entidad y el patrimonio que la conforma, de carácter ganancial, a las medidas que se estimen necesarias para garantizar el mismo y pueda en su día incluirse en el inventario, de la misma forma que si se tratara de cualquier otro bien ganancial (vivienda, contribuciones a las cargas, alimentos hijos...) y si bien es cierto que cada uno de los cónyuges en tanto que socios y la esposa en cuanto administradora pueden ejercitar los derechos que les atribuye la legislación (léase acciones de responsabilidad de los administradores, convocatorias de juntas, impugnación de acuerdos) ello no es obstáculo para que puedan adoptarse las medidas solicitadas, entre otras las relativas a la administración, pues dicha posibilidad de intervenir en la administración de entidades viene incluso regulada en nuestra legislación, concretamente en los art. 630 y ss. que regula la llamada administración judicial.

Admitida, pues la posibilidad de adopción de medidas cautelares, el siguiente paso es estudiar si efectivamente en el presente caso concurren los presupuestos para su adopción, a saber: a) que se justifique su necesidad, es decir, que tiendan a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de manera que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente; B) que se aporten las prue-

bas necesarias para que conduzcan a fundar por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo, un juicio favorable de la pretensión que se actúa. A la vista de las pruebas documentales aportadas con el escrito inicial, interrogatorio de los cónyuges y testifical, resulta probado que los hoy litigantes constituyeron en su día una sociedad de responsabilidad limitada con aportaciones gananciales, teniendo por objeto la explotación de una perfumería, siendo nombrada administradora de la entidad la esposa, quien estaba llevando el negocio; que presentada por el esposo demanda de separación, y no obstante tener beneficios la sociedad, la esposa comenzó a devolver mercancía, haciendo saber a los proveedores que pensaba cerrar el negocio, sin que conste rindiera cuentas a su esposo/socio o convocara junta de accionistas para hacer saber las razones de sus intenciones con el correspondiente perjuicio no sólo para la sociedad de gananciales sino para la propia esposa que de forma regular atendía el negocio y con las posibles repercusiones que su conducta pudiera tener en la propia separación (alimentos, pensión compensatoria, liquidación de sociedad de gananciales....), por todo ello, resulta plenamente justificada la adopción de medidas cautelares a fin de la continuidad del negocio. Con relación a las concretas medidas que se solicitan, y a la vista de lo expuesto y de conformidad con el art. 726.2 procede requerir a la esposa para que se abstenga de realizar actos que impidan la marcha del negocio y lleve a cabo las funciones que como administradora le otorga la LSRL, pues en caso contrario debiera cesar y convocar Junta, todo ello de conformidad con aquella ley; así mismo, para la marcha ordinaria del negocio de perfumería se procederá a nombrar un dependiente al frente del negocio bien de común acuerdo por los esposos y en caso de discrepancias se nombrará por el Juzgador de instancia entre aquellos que propongan los litigantes, finalmente se procederá al nombramiento de un administrador en la forma prescrita en los art. 631 y siguientes de la LEC.

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *Si la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación, las medidas que se acordaron en la sentencia de instancia son exigibles desde la fecha en que esta se dictó.*

AP GIRONA, Sec. 2.^a, Auto de 26 de junio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Fernández Font.

El recurso de apelación presentado se ciñe a una discrepancia jurídica con el auto impugnado. En tanto que el señor Magistrado que lo redactó considera que las sentencias de separación, nulidad o divorcio dictadas en primera instancia, una vez confirmadas en fase de apelación, producen efectos desde la fecha de la primera sentencia, el recurrente defiende lo contrario, es decir, que tan solo será exigible el pago de la pensión compensatoria, medida en cuestión en el presente supuesto, desde la fecha de la sentencia de segunda instancia.

Ciertamente, la cuestión que se plantea ha determinado la existencia de discrepancias entre las diferentes Audiencias, aunque la posición mayoritaria era la que defendía que la imperatividad de las medidas de índole patrimonial que se decidían en el seno de los indicados procesos, se producía desde la fecha de la sentencia de la instancia. Muestra de las referidas dudas son las sentencias que el apelante esgrime en apoyo de su tesis, si bien debe remarcarse que se trata de pronunciamientos bastante antiguos. Por otro lado, las que aporta la parte apelada, en su mayoría no se refieren al problema litigioso que nos ocupa.

En cualquier caso, la nueva LEC, viene a clarificar la cuestión, ya que su artículo 774.5 determina claramente que los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la efica-

cia de las medidas que se hubieran acordado en ésta.

En el presente caso, la primera instancia se tramitó conforme a la antigua LEC, habida cuenta de la fecha de presentación de la demanda, siendo así que la sentencia definitiva, que no firme, que le puso fin, se dictó el 7 de junio de 2001. Es decir, el día que se presentó el escrito de preparación de la apelación, por el que se anuncia la voluntad de recurrir, y que, admitido a trámite, abre la segunda instancia, ya había entrado en vigor la nueva LEC. En consecuencia, en aplicación de lo establecido en su disposición transitoria segunda, a la apelación y a la segunda instancia deben aplicarse los preceptos de la nueva norma procesal. El artículo antes indicado, no cabe duda que regula la eficacia de las sentencias dictadas en los denominados procesos matrimoniales y de menores, en tanto se tramita y decide la apelación, y como se ha visto, opta decididamente por el efecto simplemente devolutivo y no suspensivo de la misma. De lo anterior resulta que si la presentación del recurso no suspende el efecto de las medidas impugnadas, al resultar confirmadas en apelación, son plenamente exigibles desde la fecha de la sentencia de primera instancia, lo que evita que la apelación desestimada se convierta en un instrumento en manos del recurrente para dilatar en el tiempo la eficacia de los pronunciamientos impugnados.

2. *Los efectos de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de apelación se retrotraen a la fecha de la sentencia de 1.ª instancia, y por tanto, desde dicha fecha se deberá abonar la cuantía fijada en apelación.*

AP LUGO, Sec. 2.ª, Auto de 12 de septiembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Edgar Amando Fernández Cloos.

La situación fáctica de la que parte la controversia que ahora se somete a decisión de esta Sala es la siguiente: luego de seguido un juicio de separación entre los esposos, sin que preexistieran medidas provisionales, el Juzgado, en fecha 30 de junio de 1999, dictó sentencia de separación en la que, entre otros pronunciamientos y en lo que aquí nos interesa, fijaba como pensión compensatoria a favor la esposa la cantidad de 53.000 ptas. Apelada la sentencia la Audiencia, en fecha 27 de octubre de 2000, dictó sentencia en la que acogió parcialmente el recurso del esposo y señaló como pensión compensatoria a favor de la esposa la cantidad de 30.000 ptas.

Se trata ahora de ejecutar la sentencia y así la esposa entiende que la pensión compensatoria, en la cantidad de 30.000 ptas. mensuales fijada en la apelación, se adeuda desde la fecha de la sentencia de primera instancia en la que se determinó la obligación del esposo de abonar la pensión compensatoria, siquiera fuera en cantidad distinta de la definitiva.

Así sentado el problema y si bien es cierto que el tema no es, ni doctrinal ni jurisdic-

cionalmente, pacífico, no es menos cierto que hemos de entender que la obligación de pagar la pensión se instituye en la sentencia de separación, aquí no hay medidas previas, por lo tanto y como en lo único que se varía la resolución, luego de la apelación, es en la cuantía, que se minorá, parece evidente que desde el momento de la sentencia que determinó la procedencia de la pensión compensatoria ya viene el cónyuge en la obligación de abonarla, pues de manera definitiva lo único que se cuestionó fue la cantidad pero no la propia obligación de abonar la pensión.

Por consiguiente, aun reconociendo que el tema es jurídicamente cuestionable, la Sala considera que lo más ajustado, conceptual y jurídicamente, es adoptar la resolución que se adopta por el Juzgado pues, incluso, en otro caso se estaría premiando el recurso de apelación simplemente dilatorio ya que la obligación no surgiría hasta que se fijara definitivamente en la sentencia de segunda instancia. Distinto habría de plantearse el problema si la pensión se hubiera fijado, *ex novo*, en la sentencia de apelación, pero eso es algo que no ocurre en el presente supuesto.

3. *Estimación de la oposición a la ejecución de un convenio regulador en el que se contenían las bases para llevar a efecto la liquidación de la sociedad de gananciales y en la que aparecía un crédito a favor de la esposa, cuando con anterioridad a dictarse sentencia los cónyuges liquidaron la sociedad ante notario modificando los pactos anteriores.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 27 de septiembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

La problemática jurídico-económica que, a través del presente recurso de apelación, se somete a consideración del Tribunal tiene su origen en el convenio regulador que, suscrito por los hoy litigantes en fecha 22 de mayo de 2000, fue refrendado en su totalidad mediante la sentencia que, dictada en día 8 de junio siguiente, puso fin al procedimiento de separación matrimonial que aquéllos habían promovido por vía consensual.

En el referido documento se contenía, entre otras, la siguiente estipulación: “Octava. Respecto a la liquidación y reparto de los bienes y deudas comunes y pertenecientes a la sociedad legal de gananciales que ha regido en el matrimonio desde la fecha de celebración, conviene realizarla coetáneamente a la tramitación judicial de su separación conyugal, verificándola con absoluta inmediatez otorgando, al efecto, las Escrituras Públicas de su razón ante notario. Al efecto, dicha liquidación y reparto se llevará a cabo de conformidad con los siguientes pactos fundamentales:

1.^º Al marido se le adjudicará la propiedad, el pleno dominio, de la finca-vivienda que fuera domicilio conyugal y familiar, sito en la C/ Sierra del Brezo de Madrid, con la hipoteca que la grava.

2.^º A la esposa, en pago de su haber, se le adjudicará la propiedad, el pleno dominio, de la plaza de garaje sita en la C/ Sierra

del Brezo de Madrid, así como la cantidad dineraria de 7.000.000 ptas., que percibirá.

3.^º Las cuentas bancarias, depósitos dinerarios, acciones, valores o inversiones financieras que hoy tuviere el matrimonio, serán rescatados y liquidados, y su producto dinerario repartido por mitad e iguales partes entre ellos.

4.^º En lo sucesivo, cualquier bien mueble o inmueble, o deuda u obligación, que adquiera cualquiera de los cónyuges, será bien privativo y responsabilidad de cada uno de ellos, sin que participe ni perjudique al otro ni tenga ya la condición ganancial”.

En base a dicho pacto la esposa interesó, y obtuvo del órgano *a quo*, el despacho de ejecución por la suma de 7 millones de pesetas, pronunciamiento que fue refrendado, con rechazo de la oposición del ejecutado, por el auto que hoy se somete al examen de la Sala, y cuya revocación total interesa dicho litigante, con expresa condena a la parte ejecutante respecto de las costas procesales de la instancia. Con carácter subsidiario se suplica que, con estimación parcial de la oposición formulada, se declare procedente que la ejecución siga adelante por la cantidad de 2.050.000 ptas. o, en su defecto, por la de 4.584.334 ptas.

La aparente corrección formal de la resolución recurrida, ante el contrastado impago por el Sr. T. de la suma reclamada, queda ya en entredicho por el mismo tenor literal de la antedicha cláusula, ya que la misma no

contenía estrictamente la liquidación del régimen económico matrimonial, en los términos del art. 90 D), en relación con lo prevenido en los arts. 1396 y ss., todos ellos del CC, limitándose las partes a asumir el compromiso de llevar a efecto tales operaciones particionales, otorgando al efecto “las Escrituras Públicas de su razón ante notario”, estableciendo a continuación unas bases o “pactos fundamentales” respecto de la distribución de bienes.

Y así, observando dicho compromiso, comparecen los esposos ante notario en 26 de mayo de 2000, esto es, antes de recaer sentencia en el citado procedimiento de separación, y por ello rigiendo aún su sociedad de gananciales, y en tal acto otorgan escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que modifican su régimen económico, estableciendo el de separación absoluta de bienes, y procediendo igualmente a la liquidación de la sociedad ganancial, con un reparto de bienes que no coincidía exactamente con las bases sentadas en el repetido convenio, pero sin que ello determinara salvedad alguna en tal escritura pública, plena y libremente asumida en todas sus cláusulas por los otorgantes, quienes tuvieron por liquidada y finiquitada la comunidad ganancial, “dándose ambos por pagados y satisfechos de sus respectivos haberes, sin que nada tengan que reclamarse por ningún concepto”.

En tal forma vino a darse el debido cumplimiento a la obligación asumida en el convenio regulador, que no era otra que el otorgamiento del referido instrumento público, en el que los cónyuges eran muy libres, de conformidad con lo prevenido en el art. 1255 CC, de introducir modificaciones más o menos trascendentes respecto de aquel inicial pacto.

Téngase en cuenta que, al momento de ser ratificado el convenio ante el Juzgado, ya había quedado disuelta y liquidada, por acuerdo de las partes, su sociedad ganancial, por lo que, aunque nada se especificó en tal acto procesal, la cláusula octava había perdido ya vigencia o exigibilidad ejecutiva ulterior, precisamente por haberla cumplido

los contratantes con anterioridad, y no existir en tal tiempo el originario régimen económico, sino el de separación de bienes que, en definitiva, fue el que quedó disuelto al adquirir firmeza la sentencia que puso fin al procedimiento, en virtud de lo prevenido en el art. 95 CC, sin que entonces existiera ya bien alguno que repartir, conforme a lo que se recoge, de modo inequívoco, en la citada escritura de capitulaciones matrimoniales.

Cualquier hipotética duda que, al respecto, pudiera existir, difícilmente concebible de otro lado ante las claras y categóricas expresiones recogidas en el documento notarial, quedaría desvanecida por la declaración ante el Juzgado de la esposa en la vista celebrada en 21 septiembre 2001, al reconocer “que conocía el contenido de la escritura que firmó ante notario”, conocimiento que hace extensivo a “la cláusula que decía que se daba por finiquitada”.

Por ello, y no conteniendo dicha escritura, en el aspecto que hoy se debate, estipulación alguna contraria a las leyes, o las buenas costumbres o limitativa de igualdad de derechos, en los términos del art. 1328 CC, cuestión esta que, en otro caso, habría de debatirse fuera del presente cauce procesal, debe concluirse en su plena obligatoriedad para los suscribientes, conforme a lo prevenido en el art. 1091, no pudiendo dejarse al arbitrio de uno de ellos su cumplimiento y validez (art. 1256), al aferrarse, con escasa buena fe, a un convenio que, en tal punto, había sido ya cumplido por el otorgamiento en el que, de modo perfectamente válido en derecho, los cónyuges modificaron en parte las bases recogidas en aquél, por lo que no es mínimamente sostenible ni el alegato de la apelada referente a la creencia de que dicha escritura era un mero trámite sin trascendencia jurídica alguna, ni las consideraciones vertidas en el auto apelado sobre lo más equitativo del reparto efectuado en el convenio regulador, en relación con el contenido en la escritura pública.

Por todo lo cual, y frente al título ejecutivo esgrimido por la esposa, esto es la sentencia que aprobó el convenio, ha de prosperar la oposición articulada *de contrario*, so-

bre la base del cumplimiento de lo establecido en dicha resolución, esto es el otorgamiento de escritura pública, o inclusive, dado el no sometimiento estricto a las bases recogidas en orden a la liquidación, en virtud de pacto o transacción en documento público, a tenor de lo que establece el art. 556.1 de la vigente LEC.

La estimación, por lo expuesto, del recurso articulado ha de dejar sin efecto la ejecución despachada, conforme a lo que establece el art. 561.2 de la citada Ley procesal, lo que conllevará la condena a la ejecutante respecto del pago de las costas procesales devengadas en la instancia.

X. RÉGIMENES ECONÓMICOS

1. *La comparecencia prevista en el art. 809 de la LEC no es propiamente una vista, sino que se trata de una diligencia judicial que se lleva a cabo a la presencia del Secretario, y por ello, la falta de asistencia de Letrado a la diligencia para la formación de inventario no determina la incomparecencia del cónyuge si éste asiste personalmente o bien interviene representado por el Procurador en una actuación facultativa de éste, y si ello es así, en este caso se debió dar intervención al Procurador comparecido de la parte apelante para contribuir a la formación del inventario con el Secretario.*

AP TENERIFE, Sec. 4.^a, Auto de 1 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo José Moscoso Torres.

La resolución apelada confirmó en reposición la providencia anterior en la que se tenía a la parte incomparecida en la diligencia de formación de inventario (la ahora apelante) por conforme con el propuesto en dicha diligencia por el cónyuge que sí compareció, de acuerdo con lo establecido en el art. 809 de la LEC, y ello al no tener por comparecida en la diligencia indicada a la apelante ya que, si bien hizo acto de presencia el Procurador, no asistió su Letrado y, aunque se solicitó la suspensión por tener éste otro señalamiento el mismo día en distinto tribunal, la comunicación de tal solicitud se produjo con más de tres días de retraso desde la notificación del señalamiento,

por lo que no procedía la suspensión según lo establecido en el art. 188.6, último párrafo, de la misma Ley; no procediendo la suspensión y siendo preceptiva la presencia de Letrado en el acto conforme a lo dispuesto en las normas generales sobre postulación, según se entiende en dicha resolución, se tuvo por incomparecida a la ahora apelante con la consecuencia (la de su conformidad con el inventario propuesto por el cónyuge comparecido) anudada en el art. 809 a tal supuesto.

El recurso suscita varias cuestiones; la primera la de si es admisible pues el art. 454 de la LEC parece terminante al señalar que

no cabe recurso alguno (ni, por tanto, el de apelación) contra el auto que resuelve el recurso de reposición sin perjuicio de la reproducción de la cuestión objeto de la reposición al recurrir la resolución definitiva; se trata, por otro lado, de una cuestión que el tribunal puede y debe plantear de oficio por ser una cuestión de orden público que se enmarca dentro del ámbito revisor de la apelación (como presupuesto de la misma), sin que exista ningún tipo de vinculación del tribunal de la apelación a la admisión del juez *a quo*, si esa admisión es indebida.

Ciertamente y en principio, puede parecer que el auto impugnado no es apelable como resolutorio de un recurso de reposición de acuerdo con el precepto citado, sobre todo cuando, en el proceso para la liquidación del régimen económico matrimonial (regulado en la nueva LEC como uno de los procesos especiales para la división judicial de patrimonios), al inventario sigue el procedimiento para la liquidación que, en caso de disconformidad, se continúa en juicio verbal que finaliza mediante sentencia susceptible de apelación en la que se podría reproducir la cuestión objeto de la reposición.

Esta conclusión inicial, sin embargo, no es del todo correcta pues ese proceso general para la liquidación del régimen económico matrimonial tiene una naturaleza especial en el que, como se ha señalado en la doctrina, se contienen dos procedimientos diferenciados, uno para la formación del inventario y otro para la liquidación, o al menos se trataría de un solo proceso pero con dos fases autónomas e independientes (hasta el punto de que puede existir sólo la primera y no la segunda, si sólo hay discrepancia en la determinación de los bienes comunes pero no en la forma de su distribución una vez concretados); es por ello por lo que, al configurarse la formación del inventario como un procedimiento (o, al menos, como una fase) independiente o autónoma, la resolución que le pone fin tiene el carácter definitivo en lo que se refiere a la decisión de la cuestión que integra su objeto (la determina-

ción de los bienes que forme parte del mismo) y, por tanto, es susceptible de apelación en la medida en que se trata de un auto definitivo en cuanto que viene a poner fin a ese procedimiento (o fase) independiente.

Por otro lado el recurso suscita también la cuestión del carácter del procedimiento para la formación de inventario y de la naturaleza de la comparecencia que integra el acto central de ese procedimiento, y ello porque, en la resolución recurrida, se le viene a considerar como una “vista” en la medida en que se aplica uno de los preceptos de la nueva LEC reguladores de las vistas. Y sobre este punto hay que señalar que dicho procedimiento se configura, en principio, como un procedimiento de jurisdicción voluntaria y que la comparecencia prevista en el art. 809 de la LEC no es propiamente una vista, en el sentido de acto formal y solemne que se desarrolla en presencia del juez para la exposición de alegaciones por las partes y para la práctica de algunos medios de prueba, sino que se trata de una diligencia judicial que se lleva a cabo a la presencia del Secretario (no del Juez), que es quien dirige la actuación pero en la que la iniciativa la tienen los cónyuges, y ello en la medida en que son estos los que aportan la relación de bienes (es decir, toda la información y toda la base necesaria) para la formación del inventario.

Esta actuación tiene una regulación específica en el art. 811 de la LEC, y en él se establece que se mandará citar a los cónyuges a una comparecencia, comparecencia en la que el Secretario, con los cónyuges, procede a formar el inventario; es decir, son los cónyuges personalmente (y no necesariamente representados por Procurador y asistidos de Letrado) los que deben ser citados y los que, con el Secretario, proceden a formar el inventario (como ocurría bajo la esfera de aplicación de la LEC anterior, en el que la liquidación del régimen económico se regía, según una jurisprudencia consolidada, por los trámites del procedimiento para la división de herencias, en las que el in-

ventario se formaba en comparecencia con los interesados, en una especie de Junta en la que no era necesario la presencia del Procurador, como ahora tampoco lo es para la asistencia a las Juntas en los juicios universales o para la presentación de títulos, según el art. 23.2.^o de la nueva LEC), naturalmente sin perjuicio de que, suscitada controversia en la formación, se deba reconducir el procedimiento (que se convierte en contencioso) por los trámites del juicio verbal con citación a una vista, en la que ya será aplicable las normas correspondientes al mismo para la actuación de las partes.

Sobre esta base entiende la Sala que el recurso debe estimarse; ciertamente, la comparecencia de las partes en el proceso se debe efectuar mediante la intervención preceptiva de Procurador y Abogado, excepto en los casos señalados en los arts. 23.2 y 31.2 de la LEC que, sin embargo, no contienen una regulación exhaustiva y debe completarse con otros preceptos (así, por ejemplo, y en lo que se refiere a los actos de jurisdicción voluntaria siguen vigentes, hasta que entre en vigor la anunciada Ley de esta jurisdicción, los arts. 4.1 y 5 de la LEC de 1881, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única 1.1.^ªII de la nueva LEC), para actuaciones que han de efectuarse personalmente, con el litigante (así, el interrogatorio de la parte o la formación de cuerpo de escritura para su cotejo) o que permiten la actuación personal del mismo; entre estos últimos se encuentra la comparecencia (que no es propiamente una vista, como se ha señalado) para la formación

de inventario prevista en el artículo citado, en la que, conforme a lo ya señalado, pueden intervenir los cónyuges personalmente (que, de acuerdo con lo indicado, son los que lo confeccionan con el Secretario), aunque ello no excluye que puede intervenir por ellos el Procurador y que sean asistidos de Letrado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 32 de la LEC que regula la intervención no preceptiva de estos profesionales.

En consecuencia, la falta de asistencia de Letrado a la diligencia para la formación de inventario no determina la incomparecencia del cónyuge si éste asiste personalmente o bien interviene representado por el Procurador en una actuación facultativa de éste, y si ello es así, en este caso se debió dar intervención al Procurador comparecido de la parte apelante para contribuir a la formación del inventario con el Secretario, no siendo procedente, por tanto, extraer la consecuencia legalmente prevista para el caso de incomparecencia (la conformidad con la propuesta de inventario formulada por el cónyuge comparecido) cuando dicha comparecencia se ha producido, lo que ha producido la indefensión alegada en el recurso.

Procede, en base a lo expuesto, estimar el recurso de apelación formulado y, con revocación de la resolución impugnada, reponer las actuaciones al momento anterior al de la comparecencia de los cónyuges para la formación de inventario, debiendo ser citados de nuevo a la comparecencia que se señale, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas con el recurso.

2. *Carácter ganancial del préstamo contraído vigente la sociedad de gananciales y a favor de una empresa de carácter familiar siendo avalista el esposo, siendo indiferente que con posterioridad se otorgasen capitulaciones matrimoniales.*

AP LUGO, Sec. 1.^a, Sentencia de 4 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Varela Agrelo.

La sentencia de instancia, tras declarar la ganancialidad de determinados créditos, establece la responsabilidad de la esposa de su pago y contra dicha decisión judicial se alza en apelación la condenada.

Se alega en primer lugar la incongruencia de la sentencia por no pronunciarse sobre la alegación de que lo que subyace es una acción rescisoria. El motivo no puede ser acogido, pues en la sentencia implícitamente y al analizarse el fondo del asunto se viene a rechazar tal pretensión en base a la cual solicita la demandada la caducidad de la interposición.

En efecto, nos hallamos ante un declarativo nacido de unos créditos impagados donde se solicitan determinados pronunciamientos que no incluyen la nulidad de las capitulaciones matrimoniales sino algo diferente aunque con incidencia sobre tal escritura pública, como es la ganancialidad de los créditos y la responsabilidad de la esposa, extremos compatibles con la validez de tales pactos matrimoniales que pueden tener un contenido más amplio. Se trata entonces de una acción ordinaria no sometida a un plazo especial de prescripción.

En cuanto al fondo del asunto comparte la Sala los acertados razonamientos de la sentencia impugnada que, tras constatar correctamente el supuesto fáctico, aplica impecablemente el ordenamiento jurídico.

Estamos ante unas deudas contraídas constante matrimonio y bajo el régimen de sociedad de gananciales tanto por la mercantil C. como solidariamente por los ava-

listas y varios socios D. José y D. Manuel (padre e hijo). Se vislumbra con facilidad la naturaleza de la empresa de carácter familiar, integrada por padre e hijo, y que el capital social es fruto de los rendimientos de trabajo del esposo, ostentando igualmente la citada naturaleza jurídica.

Meses después de la constitución societaria se acude a la ahora actora en busca de financiación a principios de 1993, otorgándose el 4 de junio de dicho año capitulaciones matrimoniales. Sólo a partir de esta fecha cada cónyuge se hace responsable, directo y único, de las deudas contraídas desde tal data.

Curiosamente en tal otorgamiento no se incluye como deuda del consorcio matrimonial que va a liquidar la asumida frente a la actora.

Así las cosas, no resulta difícil establecer la ganancialidad del crédito de la actora, pues el art. 1365 del CC en relación con el de Comercio, permiten concluir tal consecuencia jurídica, ya que el consentimiento de la esposa se presume del ejercicio mercantil del marido sin oposición de ella.

Hay que presumir igualmente que el importe de los préstamos redundó en beneficio de la comunidad matrimonial al no aportarse ningún dato que lleve a pensar lo contrario, lo que convierte en igualmente legítima la pretensión de que ahora no se vea defraudado el legítimo deseo de cobro del deudor por una exclusión patrimonial de bienes posterior a los créditos y que por tanto no podía conocer.

3. *Carácter privativo de la indemnización concedida a la esposa una vez disuelta la sociedad de gananciales por haber desistido del contrato de arrendamiento de la vivienda cuyo uso y disfrute tenía atribuido por resolución judicial.*

AP ASTURIAS, Sec. 5.^a, Sentencia de 14 de junio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José M.^a Álvarez Seijo.

La cuestión que se debate en la alzada, y como ya lo fue en la instancia, viene referida al carácter privativo o ganancial de la indemnización obtenida por parte de D.^a Enequina y entregada por la arrendadora, como consecuencia de su desistimiento de un proceso contencioso que había interpuesto frente a la resolución del Ayuntamiento de Oviedo declarando la ruina del edificio en la que aquélla habitaba, inicialmente domicilio familiar y cuyo uso y disfrute se le había otorgado en el procedimiento de separación, hallándose disuelto el régimen económico-matrimonial desde el momento en que el 29 de noviembre de 1990 se había dictado sentencia de separación conyugal y el 10 de marzo de 1992 sentencia de divorcio.

Con independencia de lo controvertido del asunto, conviene resaltar que, como afirma un sector doctrinal, disuelta la sociedad por la separación o el divorcio de sus integrantes, la comunidad post-ganancial no mantiene la titularidad del derecho arrendaticio; la ruptura matrimonial y consiguiente decisión judicial del uso de la vivienda familiar arrendada implica una cesión o subrogación de la posición arrendaticia. Así, a través de la medida judicial, el derecho que perteneció conjuntamente a marido y mujer pasa a uno de ellos produciéndose un cambio subjetivo de la relación arrendaticia con desaparición del cedente (comunidad ganancial) y sustitución por el cesionario (cónyuge a quien se atribuye el uso y disfrute)

que adquiere a partir de entonces y queda frente al arrendador como titular de los derechos y obligaciones derivadas del contrato.

De no ser así, no se podría entender qué posición ocuparía a partir de la ruptura el cónyuge que sale de la vivienda, siendo tal abandono por decisión judicial, lo que sería incompatible con el mantenimiento de las expectativas que la Ley pudiere conferirle sobre el arriendo. No hay que olvidar, por otro lado, que existen sentencias del TS (así de 26 de febrero de 1990 y 2 de marzo de 1991) que mantienen que el cese en el uso o disfrute del inmueble arrendado por uno de los dos o más arrendatarios que celebraron el contrato de arrendamiento, con la consiguiente separación de aquél de la relación arrendaticia, produce una modificación subjetiva de la titularidad locaticia, doctrina que no admite excepciones por servir la vivienda arrendada de domicilio a determinada familia, pues la vivienda puede servir, y de hecho sirve, como domicilio a quienes la habitan, constituyan o no entre ellos un grupo familiar.

En este sentido, la sentencia de la Sec. 4.^a de esta Audiencia de 4 de septiembre de 2000, con cita de la de esta misma Sección Quinta de 28 de junio de 1996, declaró que “dictada resolución que atribuya el uso exclusivo de la vivienda a uno de los cónyuges y notificada dicha resolución al arrendador, se produce una subrogación contractual *ope*

legis en favor del cónyuge adjudicatario, el cual asume las cargas y ventajas derivadas de la relación arrendaticia, conclusión que resulta corroborada por el tenor de los arts. 8 y 12 de la citada Ley arrendaticia, pues si el primero de dichos preceptos posibilita la cesión del contrato a un tercero, y el art. 12 prevé el desistimiento del arrendatario y la posibilidad de continuar su cónyuge en el arriendo, imponiendo al arrendador esa sucesión con solo notificarle tal propósito, con

mayor razón cabrá la concentración en uno de los cónyuges de las facultades y obligaciones dimanantes del contrato de arrendamiento de la vivienda familiar, en los casos de crisis matrimonial”.

En consonancia con lo expuesto, y correspondiendo a la hoy apelada los derechos y obligaciones arrendaticias, resulta obligado ratificar los fundamentos de la recurrida con rechazo del recurso.

XI. FILIACIÓN

1. *La filiación paterna nacida en virtud de un reconocimiento podrá ser impugnada por vicios en el plazo de un año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, que es lo sucedido en el presente caso, en el que la demanda se presentó dentro del año siguiente a obtener las pruebas biológicas en las que, tras siete años ignorando dicha circunstancia, pudo conocer que la reconocida no era hija biológica suya.*

AP CÁDIZ, Sec. 5.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Romero Navarro.

La alegación primera del escrito de recurso, a modo de premio, veladamente plantea la inactividad del Ministerio Fiscal en el procedimiento en defensa de los derechos del menor, lo que aparte de ser absolutamente sorpresivo no es admisible pues el Ministerio Fiscal ha actuado en defensa de la legalidad y del interés público sin que ello implicara desasistir los intereses del menor. Distinto es que una vez acreditado el resultado, por tres ocasiones, de la prueba biológica, el Ministerio Fiscal deba mantener a todo trance una situación de filiación que no coincida con la real pues la mejor defensa del menor es precisamente ésa y no la que interese en un momento determinado a su progenitora.

Hecho el excurso anterior se plantea como motivo para articular el recurso la vulneración por interpretación errónea de los arts. 115, 116 y 120 CC en relación con el art. 108 del mismo Cuerpo Legal. Esta invocación no puede merecer acogida pues en la sentencia en cuestión no se interpretan erróneamente los preceptos dichos, pues una cosa es que se inscriba el reconocimiento y que a virtud de éste devenga en matrimonial la filiación que inicialmente consta en el registro como no matrimonial y otra es que se entienda que ésta era filiación matrimonial por acaecer el nacimiento dentro de los 300 días siguientes a la separación legal de los esposos, a pesar de constar en el Registro una filiación distinta, llevando más allá el

ámbito de una presunción *iuris tantum* que ha sido plenamente desvirtuada.

El art. 113 del CC consagra, entre los medios de acreditación de la filiación y consiguientemente de la correspondiente paternidad, el de que la presunción a través del matrimonio de los progenitores requiere para ello de la maternidad de la esposa, que aquí no se ha cuestionado, y de la acreditación de vigencia del matrimonio, que desarrollan los arts. 116 y 117 del mismo Código al establecer la presunción por el nacimiento después de los ciento ochenta días de contraído el matrimonio de los que se tienen por progenitores y antes de los trescientos siguientes a la disolución del vínculo o a la separación legal o de hecho de dichos cónyuges.

El remedio para desconocer la filiación así establecida por presunción legal está en lo dispuesto por el art. 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 art. 115 del Código o desde que el marido conozca el nacimiento, ya que rebasado aquel plazo se ha producido la caducidad de la acción, como invoca la demandada.

El TS ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre tal extremo. Las sentencias llevan fechas de 20 de junio de 1996; 10 de febrero de 1997 y 31 de diciembre de 1998 y 21 de julio de 2000.

La primera de las sentencias dictadas, después de diferenciar los supuestos impugnatorios de paternidad contemplados en el art. 141 del CC, que son los derivados de vicios del consentimiento y derivados de otras causas, remitiendo a los supuestos de los arts. 117, 118, 119 y 120.1 del CC, de la acción de impugnación que se encuentra vinculada a la presunción legal de paternidad, contemplada en el art. 136 del CC en relación con el art. 116, dispone que: “La inscripción registral de la filiación ampara-

da en una presunción legal, como es la del art. 116, es plenamente válida y eficaz en tanto no se accione contra ella por la vía impugnativa prevenida en el art. 136, acción esta que se encuentra condicionada a su ejercicio dentro del plazo prevenido en dicho precepto —un año a contar desde la inscripción de la filiación en el Registro civil— plazo que es de caducidad por razones obvias de seguridad pública en las relaciones paterno-filiales...”.

La segunda de las sentencias, la de fecha 10 de febrero de 1997, en su fundamento sexto, expresa que el art. 136 del CC faculta al marido a ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año a contar desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Nada dice esa sentencia sobre fecha de comienzo del plazo de caducidad en el momento que el marido sospeche o tenga conocimiento de su no paternidad sino que remite al contenido literal del art. 136 del CC.

Por último la sentencia de fecha 31 de diciembre de 1998 es doblemente interesante pues recoge el contenido de la S. de 20 de junio de 1996, lo que ya cabe decir que es jurisprudencia consolidada. Continúa diferenciando las acciones de impugnación al amparo del art. 141 de la acción ejercitada al amparo del art. 136 del CC, para terminar sentando que la inscripción registral de la filiación, amparada en una presunción legal, como es la del art. 116, es plenamente válida y eficaz en tanto no se accione contra ella por la vía impugnativa prevenida en el art. 136, acción esta que se encuentra condicionada a su ejercicio dentro del plazo señalado en dicho precepto —un año a contar desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil—, plazo de caducidad por razones obvias de seguridad jurídica en las relaciones paterno-filiales.

Sin embargo, el apelante parece ignorar que la determinación de la filiación en este caso discutida no operó por la vía de la presunción legal de paternidad sino que lo fue a virtud del reconocimiento efectuado por el actor ya que antes de otorgarse el mismo

solo constaba la filiación como no matrimonial, con independencia de que hubiera podido inscribirse la hija como matrimonial al hilo del art. 116, cosa que no instó la madre que fue quien llevó a cabo la declaración para la inscripción del nacimiento, inscribiéndola como no matrimonial.

Al hilo de ello, como se puede colegir, la presunción de paternidad es un medio para la determinación de la filiación matrimonial cuando se procede a la práctica de la inscripción registral pero no para la rectificación del Registro Civil porque la inicialmente inscrita lo fue como no matrimonial y devino matrimonial a virtud del reconocimiento que luego, justamente, y de manera clara y contundente, se impugna por error. La presunción no puede tener virtualidad por sí sola y por vía no judicial, para rectificar la inscripción de nacimiento ya extendida y contradecir la inicial filiación materna no matrimonial proclamada. Las rectificaciones del registro en materia de filiación y de matrimonio, sobre todo a partir de la reforma de 1981, envuelven, en principio, una modificación esencial de la prueba que proporciona el Registro que solo cabe por sentencia firme recaída en juicio ordinario (RDGRN de 7 de enero de 1987) y además como señala el TS, uno de los principios informadores de la L. de 13 de mayo de 1981, es su patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, como proclama la misma Ley de Reforma y deja constancia el art. 127 del Código, al admitir toda clase de prueba en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas (...), una vez patente que la reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica, y desvanecida la presunción del art. 116 del Código, no solo por su acomodo al sentido que en la normativa del Código informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el de ser verdadero progenitor, sino en consideración, a estos fines mucho más trascen-

dente, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, luego que el art. 39 CE asegura la protección integral a los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor, ha consagrado la amplia investigación de paternidad sin someter tal facultad a limitaciones que, contra la realidad y voluntad del interesado expresada sin detenimiento ni vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello, conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el art. 24 de la propia CE (...). La tan deseada pacificación en modo alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una situación fraudulenta y como tal —art. 6.4 CC— contraria, desde su origen, a Derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas produciendo un efecto de indefensión constitucionalmente vedado, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en unas consecuencias, que imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas —arts. 3.1 y 2 del CC— impiden desconocer, desde aquel art. 39.2 CE, ignorado si es que se concluyese en la prevalencia de la presunción *pater is est*, pese a que no se corresponde con la realidad.

Desestimada la vía impugnativa del error en la aplicación del art. 115, 116 y 120 en relación con el art. 120 del CC, ha de llevar consigo asimismo la desestimación de la interpretación errónea de los arts. 136, 138 y 141, pues de conformidad con el 138 los reconocimientos que determinen conforme a la ley una filiación matrimonial podrán ser impugnados por vicio de consentimiento conforme a lo dispuesto en el art. 141, precepto que señala que la legitimación para ello corresponde a quien hubiere otorgado el reconocimiento y estableciendo el plazo de caducidad de un año desde el reconocimien-

to o desde que cesó el vicio del consentimiento que es lo que ha ocurrido en el supuesto que examinamos pues la demanda se presentó dentro del año siguiente a obtener

las pruebas biológicas en las que, tras siete años ignorando dicha circunstancia, pudo conocer que la reconocida no era hija biológica suya.

XII. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Mantenimiento del desamparo ya que la madre se ha desentendido de la menor y, en cuanto al padre, al estar tramitándose demanda sobre impugnación de paternidad, habrá que estar al contenido de la sentencia, sin que ante la incertidumbre de la filiación sea procedente dejar sin efecto la medida de protección.*

AP PALENCIA, Sentencia de 17 de mayo de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José.

La Sentencia apelada de fecha 31 de julio de 2001 y dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Palencia, desestimaba la demanda presentada por la representación de don Benito y doña Sonia por la que se solicitaba se revocase la resolución de fecha 6 de noviembre de 2000 de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León de Palencia, por la que se declaraba la situación de desamparo y la asunción de tutela legal de la menor Casandra amparándose dicha Sentencia en las mismas razones que motivaron el dictado de la resolución impugnada y que es la causa del pleito del que dimana el presente Rollo de Sala.

Contra dicha Sentencia se articula recurso por la representación de don Benito en el que no se hace mención de doña Sonia, sosteniendo que no existe situación de desamparo en la menor Casandra que justifique el mantenimiento de la declaración dictada por la Junta de Castilla y León, y que en todo caso es innecesaria la asunción de tutela por la Junta de Castilla y León, dadas las condi-

ciones que para la asunción de tal responsabilidad tiene la madre de don Benito, doña Lucía y el deseo manifestado por ella misma de asumir tal responsabilidad, en caso de que prive a su hijo don Benito de la custodia de su hija.

La Junta de Castilla y León se opone al recurso sostenido *de contrario*, y argumenta que existen razones en que fundamentar el desamparo y que asimismo el que subsidiariamente en el recurso se sostenga la posibilidad de asunción de tutela por parte de la madre de don Benito no deja de ser una situación de reconocimiento indirecto de dicha situación.

El origen del conflicto que ha dado lugar al recurso que ahora se resuelve, trae causa de la declaración de situación de desamparo y asunción de tutela por parte de la Junta de Castilla y León, en los días inmediatamente posteriores al nacimiento de Casandra en el Hospital San Telmo de esta ciudad, no siendo ajena a tal decisión la situación de disputa que se produce en el mismo Centro Hospitalario entre don Benito y una persona que

al parecer había mantenido relaciones afectivas con doña Sonia en época próxima al nacimiento de la menor, ya que ambos mantenían que eran los padres de la niña.

En el transcurso del tiempo transcurrido entre el nacimiento de Casandra y el dictado de la Sentencia apelada, se ha acreditado que la madre de la menor doña Sonia, ha mantenido una situación, si no de distancia, sí de escasa cercanía hacia su hija Casandra, lo que no puede decirse de don Benito, que aunque no ha asistido a la visita en la casa de acogida en que se encuentra Casandra todos los días que le era concedida tal posibilidad, sí lo ha hecho con cierta regularidad, e incluso se llega a afirmar por los responsables de la casa que salvo situaciones menores originadoras de pequeñas tensiones, su comportamiento no ha sido incorrecto, por más que en ocasiones sí que la han visto llegar con vestido sucio o tarde a la visita en relación con la hora que le había sido marcada.

Asimismo ha quedado constatado que si bien don Benito y doña Sonia mantuvieron una relación de convivencia, no consta que en la actualidad se mantenga y que por parte del Ministerio Fiscal se ha presentado demanda de impugnación de paternidad de don Benito.

También se ha constatado por los informes que obran en los Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, la actitud ciertamente sorprendente de la madre de Casandra, doña Sonia, que oscila entre reconocer la paternidad de don Benito en unas ocasiones, y negársela en otras para atribuírsela a la persona a que se ha hecho referencia en el anterior Fundamento jurídico, situación que ha originado precisamente la presentación de la demanda de impugnación de paternidad por parte del Ministerio Fiscal.

El artículo 172.1.^º del Código Civil determina que la entidad pública a la que esté encomendada la protección de menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá

adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda; y más adelante en el párrafo segundo conceptúa como situación de desamparo, aquella que “se produce de hecho a causa de incumplimiento, o del imposible e inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuanto éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Así las cosas, habrá de convenirse a la vista de lo descrito en el anterior Fundamento jurídico, que la actitud de doña Sonia en relación con su hija Casandra no demuestra interés del que quepa derivar la posibilidad de ejercicio del deber de protección para su hija y de la prestación de la necesaria asistencia moral o material, puesto que no otra cosa se entiende de que no satisfaga su derecho de visitas con regularidad e incluso de la propia actitud que mantiene en relación con el reconocimiento de la paternidad de su hija, dependiendo de la situación en que se encuentra, y por ello ha de afirmarse que es suficiente con el argumento esgrimido para justificar la resolución dictada por la Junta de Castilla y León en lo que a ella concierne.

Es más problemática, sin duda, la situación de don Benito en relación con Casandra, a la que en la actualidad tiene reconocida legalmente como su hija. Efectivamente por más que de los sucesivos informes de la Junta de Castilla y León, obrantes a los folios 183 y 200 de las actuaciones, resulte que no ha ejercitado su derecho de visita siempre puntual, no haya cumplido de forma absolutamente escrupulosa las obligaciones que se le imponen en la casa de acogida para la estancia con su hija, o no haya cumplido siempre con su derecho de visitas, no puede afirmarse que no haya mostrado interés por el desarrollo vital de la niña, interés que queda patente en el hecho de que está manteniendo la disconformidad con la Sentencia dictada con intención de recuperar precisamente la custodia de la niña, pero en las actuales circunstancias debe afirmar-

se que no ha desaparecido la situación de desamparo, tal y como se define en el artículo 172 del Código Civil antes transcrito.

El artículo en cuestión determina la existencia de situación de desamparo con un doble origen, o bien el incumplimiento de los deberes de protección o el imposible o inadecuado ejercicio de tales deberes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Ya se ha dicho que don Benito, en la situación actual ha demostrado interés en su hija, y además tiene un domicilio fijo y conocido, pero resulta innegable la situación de duda y desconcierto en relación con la filiación de Casandra que ha dado lugar a la interposición de una demanda por el Ministerio Fiscal, que aún no existe Sentencia en el mencionado procedimiento y que ello por sí configura una situación objetiva en la que no puede sostenerse que el ejercicio de los deberes de protección por parte de don Benito fuese el adecuado caso de que éste recobrase la custodia de la niña. El ejercicio de tales deberes de protección

exige una situación de certeza en la filiación que propicie el necesario equilibrio emocional y proyecto de futuro en relación con la menor que lógicamente no puede existir en el caso. Es cierto que la actitud de don Benito es de interés hacia Casandra, pero tal interés no puede dejar de estar mediatizado por la situación descrita. En suma no es posible la prestación de la necesaria asistencia moral fundamentalmente, que es consecuencia necesaria del deber de protección que comporta el ejercicio de la patria potestad, cuando es irremediable la situación de duda de filiación, de falta de certeza de las situaciones futuras y de imposibilidad de mantener un proyecto vital. Otra cosa será que se modifiquen las circunstancias concurrentes en el momento del dictado de esta Sentencia, lo que conllevaría una nueva valoración de la situación a la vista de las circunstancias que puedan concurrir si así sucediere, afirmación que se hace, no obstante, sin que ello suponga perjuicio de decisiones que en un futuro se puedan adoptar.

2. *No es necesario que preste el asentimiento a la adopción el padre que fue condenado por un delito continuado de abusos sexuales a la hija menor y que ha incumplido su deber alimenticio respecto a ella y que se fijó en el procedimiento de separación.*

AP GIRONA, Sec. 2.^a, Sentencia de 27 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro.

Promovido expediente de Jurisdicción voluntaria por D. Xavier, que forma pareja estable de hecho con D.^a Pilar con la que tiene un hijo en común, solicita la constitución de la adopción de la menor Judit, hija matrimonial de su conviviente Pilar y de D. Fausto, siguiéndose tras una serie de avata-

res procesales y ante la oposición a la adopción del padre biológico de la menor, el procedimiento previsto en el art. 1827 LECiv, ventilándose dicha oposición ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal, tal y como establece dicho precepto, con interrupción del expediente, resolviéndose en la

sentencia recaída en primera instancia que al estar incurso en causa de privación de la patria potestad el padre biológico opositor, sólo deberá ser oído en el expediente de Jurisdicción voluntaria.

Se mantiene en el recurso la disconformidad con la interpretación efectuada por el Juzgador de instancia del art. 24.1 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, ya citada, que en el apartado b) dispone, que no es preciso el asentimiento para la adopción de los padres del adoptado si han estado privados legalmente de la patria potestad o están sometidos a una causa de privación de ésta.

No obstante la claridad del precepto, discrepa la parte apelante de la interpretación que del mismo se hace para mantener al parecer que el padre biológico debe prestar su asentimiento a la adopción mientras no sea privado de la patria potestad de la hija por sentencia judicial, apoyando su postura en el art. 5.1 de la Llei 12/1996 de 29 de julio, de la Potestad del Pare i de la Mare y el art. 136 de la Llei 9/1998 de 15 de julio del Codi de Família.

Pues bien, teniendo en cuenta que la disposición transitoria cuarta, del Codi de Família, en su apartado número 3, establece que “els expedients d’adopció pendants de resolució davant els tribunals en el moment de l’entrada en vigor daquest Codi s’han de tramitar dacord amb la legislació anterior”, iniciado el expediente de Jurisdicción voluntaria el 29 de septiembre de 1998, cuando todavía no había entrado en vigor el Codi de Família (a los tres meses de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya), será de aplicación al caso la legislación anterior, y en concreto el art. 24.1.b) de la Llei 37/1991 de 30 de desembre que excluye la necesidad de asentimiento de los padres para la constitución de la adopción del hijo si están incurso en una causa de privación de la patria potestad, exclusión que igualmente mantiene el art. 122.1.b) del Codi de Família.

Ello viene a significar que no es preciso que exista una sentencia que haya privado expresamente de la patria potestad al padre

para negarle el asentimiento a la adopción, sino que será el propio Juez que conoce de la adopción quien habrá de actuar conforme a las previsiones del art. 1827 LECiv, promoviendo un proceso contradictorio a través de un incidente que se tramitará conforme al juicio verbal, en el cual al intervenir el padre opositor, alegando y probando lo que a su derecho convenga, se enerva cualquier indefensión, y el Juez, tras analizar y valorar los hechos y las circunstancias, resolverá lo que proceda en orden a apreciar si el padre se halla incurso en causa privativa de la patria potestad, lo cual será decidido en la sentencia que recaerá en ese incidente, durante el cual se suspende el trámite del expediente de adopción. Con ello no se contraría el espíritu de las normas que cita la parte apelante, por cuanto es el Juez que conoce del expediente de adopción quien a través de la sentencia dictada en procedimiento contradictorio, priva al progenitor discorde con la adopción, de la necesidad de asentir en la adopción de la hija menor.

Ante la naturaleza de hechos tan clamorosos como los que concurren en el presente caso llevados a cabo por el padre opositor:

1. Abusos sexuales continuados a la hija, hecho acreditado ya que fue condenado penalmente por ello en sentencia de 13 de noviembre de 1997 que adquirió firmeza tras ser confirmada por la Audiencia Provincial.
2. Incumplimiento de los deberes legales de asistencia y en concreto del abono de las cantidades establecidas en sentencia de separación matrimonial en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos de la hija Judit, por lo que también recayó sentencia condenatoria penal por abandono de familia.

Si a todo ello añadimos que el padre opositor estaba privado del ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad cuando se inició el expediente de adopción como consecuencia de la pena de inhabilitación especial recaída en la sentencia penal que le condenó por un delito continuado de abusos

sexuales a la hija menor, y que la conducta paterna continúa reticente al cumplimiento de los deberes de alimentos buscando subterfugios para dificultar el acceso a la pensión alimenticia que ha dejado de abonar en la cuenta designada al efecto, donde antes ingresaba la pensión, para hacerlo en otra cuya titularidad y acceso a la misma por parte de la madre de la menor no ha quedado acreditada, ha de coincidir este Tribunal con el criterio de la Juez *a quo* apreciando la concurrencia de causa de privación de la patria potestad en la que se encuentra incurso el padre, cuyo contacto y relación con la hija

Judit resulta negativo y pernicioso para ella que no desea ver más a su padre, tal y como ha sido consignado y ponderado en las dos resoluciones civiles de divorcio y modificación de medidas que obran testimoniadas en autos, en las que se denegó cualquier tipo de régimen de visitas paternas.

Por lo expuesto, debe ser desestimado el recurso y confirmada la sentencia, la cual declara que al estar incurso el aquí apelante en causa de privación de la patria potestad, sólo deberá ser oído en el expediente de adopción promovido por el conviviente materno.

3. *No se puede atender tan sólo a la estabilización de la situación de los padres, prescindiendo por completo del largo tiempo que ya duraba el desamparo hasta que se produjo la impugnación de la resolución y la evolución que han ido siguiendo los menores durante éste, lo que conlleva que atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, no proceda dejar sin efecto el desamparo, máxime cuando los menores tienen un fuerte arraigo afectivo con los acogedores.*

AP GIRONA, Sec. 2.^a, Sentencia de 12 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquim Miquel Fernández Font.

El recurso de los apelantes se basa en el error en que habría incurrido la señora Magistrada de primera instancia al valorar las pruebas practicadas, lo que le llevó a desestimar su pretensión de que se dejara sin efecto el desamparo de sus dos hijos declarado administrativamente. Entienden que la situación de desamparo ha desaparecido, ya que su situación económica se ha estabilizado al encontrar trabajo y disponer de vivienda en esta ciudad, lo que les permite gozar de la estabilidad de la que antes carecían. Añaden que el distanciamiento afectivo que respecto de ellos tienen sus hijos, apreciado por la juzgadora de primera instancia, obe-

dece al tiempo durante el cual fueron privados del derecho a visitarlos por decisión de la Administración encargada de la protección de menores del Departament de Justícia de la Generalitat, decisión que en su día fue revocada por esta misma Sala, y que sin dicha decisión no se habría llegado al indicado distanciamiento. En definitiva, consideran que actualmente están plenamente capacitados para poder atender correctamente a sus hijos.

En consecuencia, solicitan que se dejen sin efecto las resoluciones por los que se declaraba el desamparo de los menores y su

acogimiento simple en la familia de sus tíos, de 22 de marzo de 1999, por la que se dejaba sin efecto dicho acogimiento familiar y se acordaba el acogimiento en un centro infantil, y la de 25 de octubre de 1999 en la que se consideraba el acogimiento preadoptivo como la medida tuitiva más adecuada y se privaba a los padres del derecho a visitar a sus hijos.

El problema que se plantea encierra una complejidad fáctica muy notable y comporta un drama humano evidente y conmovedor, que alcanza, sin duda, a los padres, pero cuyos principales protagonistas y afectados son los niños. La decisión que se tome ha de tener como principal referente el interés de éstos, como sucede, en definitiva, con cualquier medida que por la Administración o los Tribunales de Justicia se adopte respecto de menores.

La solución no puede pasar por afirmaciones absolutas o categóricas, del signo que sean, respecto a cuál es su interés, por la sencilla razón de que es harto difícil poder saber con certeza total qué medida será la que en el futuro les podrá deparar el mayor beneficio. Se trata, por tanto, de ponderar la totalidad de circunstancias concurrentes y, bajo criterios razonables y de futuro, adoptar la decisión que previsiblemente más les favorezca y les permita desarrollar íntegramente su vida y personalidad, poniendo fin a su traumática experiencia, dándoles la seguridad y estabilidad de la que durante tanto tiempo han carecido, teniendo presente, además, que lo que aquí se cuestiona es estrictamente el desamparo, lo que implica que no deben resolverse sobre otras cuestiones enlazadas con él pero que son objeto de otro litigio.

Partiendo de lo anterior, la resolución del litigio no es tan lineal como la plantean los padres. No se trata, simplemente, de analizar si hoy en día la situación de los padres ha cambiado, sino que se hace preciso estudiar todas las circunstancias que desembocaron en su día en la declaración de desamparo y todas las que se han producido con posterioridad.

Según manifiestan los propios apelantes, hasta junio de 1998 estuvieron residiendo en el sur de Francia en casa de familiares, puesto que no tenían trabajo, hasta que tuvieron que regresar. En ese momento los padres pasaron a residir en un centro de asistencia social de esta capital y los dos niños, Javier y Ludovico (que actualmente tienen siete y seis años de edad respectivamente) se quedaron en Llançá en compañía de unos tíos, el hermano del padre y ella de la madre. El 17 de junio de 1998, ante el Consulado Español en Perpinyá, los padres autorizaron a los tíos a que tuvieran la guardia de los menores. Al día siguiente, la tía solicita la regularización de la situación lo que motivó la apertura del correspondiente expediente administrativo de atención de menores.

En septiembre del mismo año los padres se desplazaron a la Región de Murcia, ya que allí les habían ofrecido trabajo temporal en faenas agrícolas. El 23 de noviembre del mismo año, se resolvió la situación de desamparo de los menores y su acogimiento simple en la familia de sus tíos. Anteriormente, el 9 de noviembre, desde Murcia, los padres habían prestado su conformidad con este acogimiento.

Los menores vivieron en casa de los tíos hasta el 15 de marzo de 1999, en que los entregaron a la entidad pública porque existían tensiones con los padres. Durante el tiempo que los niños vivieron en compañía de los tíos, fueron visitados en diversas ocasiones por los padres, quienes convivían también durante estas estancias en el mismo domicilio, pasando algunas veces varias semanas. Ante estas disensiones, los padres, desde Murcia, solicitan el 8 de febrero que se trasladase a los niños a un centro de protección en dicha Región, ya que no tenían medios para que viviesen con ellos.

Anteriormente se habían interesado por recibir asistencia social en Murcia, sin embargo, una vez fueron informados de las prestaciones que podían recibir, no concretaron petición alguna.

Por resolución de 22 de marzo de 1999 se dejó sin efecto el acogimiento simple en la

familia de los tíos y se acordó el ingreso de los menores en un centro público en Girona, resolución notificada a los padres. La estancia de los niños en dicho centro duró hasta diciembre del mismo año en que, ejecutando la resolución del mismo servicio administrativo de 20 de diciembre de 1999 por la que se acordaba un nuevo acogimiento simple en familia, los niños, tras un período de acoplamiento, pasaron a residir con ella en un pueblo de las Comarcas de Girona.

Mientras los menores permanecieron en el centro, los padres los visitaron cinco veces, desplazándose desde Murcia. Aprovechando alguna de dichas visitas, al ser informados de que la intención de la Administración era la de promover su acogimiento preadoptivo, manifestaron su discrepancia a dicha medida en dos ocasiones (21 de junio y 30 de agosto de 1999). El 24 de septiembre del mismo año, por la entidad pública se oye a los padres, conforme a lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Llei antes reseñada. El 25 de octubre, se dicta la resolución por la que se considera como medida de protección más adecuada a las necesidades de los menores el acogimiento preadoptivo, dejando sin efecto la que acordaba su ingreso en un centro en régimen de acogimiento simple, a la vez que privaba a los padres del derecho a visitar a los hijos.

De lo que acaba de exponerse resulta que los niños, Javier y Ludovico, vivieron regularmente con sus padres hasta junio de 1998, si bien, hasta diciembre del mismo año, a raíz de las visitas que estos últimos les hacían en Llançà, seguían viviendo esporádicamente en su compañía ya que los padres pasaban temporadas viviendo en el domicilio de los tíos, lo que fue causa de las tensiones entre aquéllos y éstos, que abocaron a la renuncia de los segundos a seguir ostentando la guarda de los menores. A partir de 1999, el contacto que los padres han tenido con sus hijos ha sido siempre en virtud de visitas realizadas mientras se encontraban en el centro de acogida o con la familia acogedora.

La situación de desamparo, sea de hecho o de derecho, es decir, a partir de la resolución de la Administración en que se declaró, se remonta a junio de 1998. Los padres no han cuestionado tal situación sino hasta la presentación de la demanda que inició el presente proceso, o sea, el 12 de enero de 2001. Como se ha visto, los padres reconocieron su imposibilidad de tener en su compañía a los niños al aceptar que quedasen con sus tíos. Posteriormente, y ya desde Murcia, se interesaron en que fueran trasladados allí, pero a un centro de acogida, ya que ni siquiera tenían casa donde vivir. Tampoco cuestionaron para nada su ingreso en un centro de Girona una vez cesó la convivencia con los tíos. Es de observar que la discrepancia con la Administración se centra en el hecho de que se proponga un acogimiento preadoptivo, no en el mantenimiento de la situación jurídica de desamparo. Lo mismo sucede cuando se impugna la resolución administrativa que les privaba de las visitas a los hijos: no se discutió ni recurrió el hecho del desamparo, sino la privación de aquéllas. Tampoco se impugnó el acogimiento simple en una nueva familia y de hecho, tampoco se ha combatido en el presente proceso, ya que dicha resolución no está entre las que se enumeran en el escrito inicial, lo que no impide que se considere, por el contenido general de la demanda y del escrito de interposición de la apelación, que se está poniendo en tela de juicio al implicar el mantenimiento del desamparo.

Desde el 25 de octubre de 1999, el padre dispone de trabajo en Girona, y desde mayo del 2000, la pareja ocupa una vivienda en régimen de alquiler en esta misma ciudad. Precisamente en esa situación de estabilidad se basa la pretensión de que ha cesado la causa de desamparo. Pero sucede que, aun a pesar de tener trabajo y vivienda, no se solicita la revocación del desamparo, incluso a pesar de que se recurre el régimen de visitas, sino hasta enero de 2001.

Desde una perspectiva puramente formal, podría decirse que los padres han admi-

tido y aceptado el desamparo de los menores, lo que conlleva la imposibilidad de vivir en su compañía, desde junio de 1998 hasta enero de 2001. Es decir, durante dos años y medio.

Lo cierto es que durante tan largo período de tiempo la Administración, que tiene encomendada la protección de menores, ha de actuar conforme a la finalidad que le es propia (artículo 1 de la mencionada Llei), sin que pueda estar indefinidamente a la espera de una mejora en la situación de los padres. La declaración de desamparo en su día efectuada, aparte de ser aceptada expresamente por los padres, era totalmente correcta: ya que no podían mantener a los hijos y que éstos quedaban en compañía de sus tíos, la resolución adecuada era, conforme al artículo 5.1, epígrafe segundo, de la misma norma, la de desamparo y acogimiento simple en familia.

Lo mismo cabe decir de la resolución de 22 de marzo de 1999, dictada después de que los tíos renunciasen a la guarda de los menores, ya que no se hacía otra cosa que dejar sin efecto la resolución anterior y acordar que aquéllos pasasen a residir en un centro dependiente de la Generalitat.

Que se estime que esta situación no debe extenderse en el tiempo de manera indefinida y se procure buscar la medida más adecuada para la estabilidad y el desarrollo futuro de los menores, tampoco es nada raro.

Que ésta sea o no el acogimiento preadoptivo, es algo que no debe decidirse en este procedimiento, sino en el que se halla en suspenso a la espera de la finalización del proceso que ahora nos ocupa.

La única medida totalmente injustificada que adoptó la entidad pública, fue la de privar a los padres del derecho de visitas al decidir que la medida más adecuada para los niños sería el acogimiento preadoptivo. A tal efecto nos remitimos íntegramente a lo que ya dijimos en nuestro auto de 12 de diciembre de 2000 en el que se restableció el régimen de visitas.

De todo lo que se ha expuesto resulta que para determinar si existe o no desamparo, no es posible atender única y exclusivamente al cambio en la situación económica y social de los apelantes, como ellos pretenden, sino que se hace indispensable tomar en consideración el estado actual de los hijos, derivado de la aplicación de las medidas de protección adoptadas durante un período de tiempo tan largo, sobre todo si se atiende a la corta edad de estos. Y a este respecto no se puede obviar la estabilización de su situación, lo que les ha permitido desarrollar unos lazos afectivos diferentes a los que se daban cuando se declaró el desamparo, y de los que para nada se puede prescindir tan fácilmente.

Actualmente los niños perciben a los apelantes como unos extraños y no quieren estar con ellos. Es cierto que a su opinión o deseos no se le puede dar una trascendencia absoluta, puesto que se trata de menores de corta edad que, lógicamente, tan sólo están iniciando su proceso de maduración en todos los sentidos, lo que implica que no tienen capacidad para la adopción de decisiones tan importantes. Pero tampoco se puede prescindir tan fácilmente de ella, en cuanto obedece a motivos objetivos y comprensibles. Actualmente su escolarización es completa y ofrece unos resultados que, en líneas generales, ha de calificarse de satisfactoria, siendo positiva su evolución desde la situación anterior así como su integración en el ambiente del colegio. Han desarrollado un arraigo afectivo con otras personas, estado al que no resulta fácil llegar partiendo de su corta pero errática trayectoria personal, que les llevó en menos de dos años a vivir con sus padres en compañía de otros familiares, a hacerlo en dos países distintos, a residir junto a sus tíos, a pasar por un centro de acogida infantil y, finalmente, a vivir en compañía de una familia en régimen de acogimiento simple.

Ante esta Sala y ante la médico forense que los examinó, tanto uno como otro rehuían cualquier posibilidad, no ya de volver

a vivir con sus padres, sino evidentes reticencias a tener contacto con ellos.

Ciertamente que, como refleja la forense, a estas edades resulta relativamente sencillo influir en la voluntad de los menores, pero no pueden desdeñarse los elementos objetivos que corroboran su voluntad, al margen de eventuales influencias externas.

Por lo demás, este rechazo no lo ignoran los propios padres, quienes lo describieron en el acto del juicio en primera instancia, manifestando que, especialmente en las últimas visitas, refiriéndose a finales de 2001 cuando ya hacía casi un año que las mismas se habían iniciado nuevamente, los niños les insultaban y provocaban y que prácticamente no les hacían caso ni les obedecían. Es una constante en todos los informes de las visitas que los niños, muy especialmente el mayor, piden con reiteración marcharse.

En definitiva, la ruptura en los vínculos afectivos de los hijos hacia los padres que aprecia la señora Magistrada de primera instancia, es totalmente cierta. Por tanto, éstos han dejado de percibirlos como un referente propio, intrínseco e indispensable en toda paternidad.

Este extremo no puede pasarse por alto, sin que se puedan acoger en sus propios términos las alegaciones de los padres en el sentido de que ellos no pretenden causar a los niños ningún daño, pero siguen solicitando el cese de la situación de desamparo y el retorno a la convivencia familiar porque entienden que, aunque puedan existir problemas que requieran un tratamiento, adaptación o preparación de los menores, no se acredita que el perjuicio para los mismos sería absoluto e irreparable. Como se ha apuntado más arriba, es prácticamente imposible conocer con certeza qué es lo que puede ser mejor para los niños o la entidad de los perjuicios que se les puedan ocasionar, pero lo que sí es perfectamente previsible es que un nuevo cambio en el sistema de convivencia de los menores, después de todos los ya reseñados, no les favorecería en nada, sobre todo si se tiene en cuenta que todo apunta a que, por primera vez, están

encontrando la estabilidad indispensable para su armónico crecimiento y el desarrollo integral de su personalidad.

Los apelantes achacan en buena medida la actitud de los niños hacia ellos al período de tiempo en que estuvieron privados de la posibilidad de visitarlos por resolución de la entidad pública y por la forma como se han ido desarrollando las visitas, por ejemplo, sin posibilidad de salir con aquéllos de una habitación o bajo la vigilancia de personal del centro.

Es cierto que como consecuencia de dicha resolución administrativa, y a pesar de la impugnación, su inmediata efectividad (conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Llei de Protecció de Menors) determinó que aquellos no tuviesen contacto alguno con los niños durante, aproximadamente, catorce meses. Pero lo anterior no oculta que la situación de desamparo, como ya se ha indicado, no arranca de ese momento, sino que se remonta a un año y medio antes. Además, y siempre teniendo en cuenta que lo que se impugna es la resolución de desamparo, lo único que recurrieron los padres fue la privación de las visitas, pero siguieron sin cuestionar el desamparo en sí.

Este mismo Tribunal ya censuró y revocó la privación del régimen de visitas, que carecía de justificación legal alguna, además de ser harto dudosa la competencia de la entidad pública para tomar tal decisión por sí misma sin solicitarla del Juez. Sin embargo no cabe atribuir al auto de esta Sección de la Audiencia un contenido diferente al que le era propio. Allí se revocaba la privación de las visitas, en cuanto es un derecho inherente a los progenitores teniendo en cuenta la medida protectora que se había establecido, que no era otra, en ese instante, que el acogimiento en un centro y, posteriormente, el acogimiento simple en familia. Es decir, no se acordó ni se podía acordar un acogimiento preadoptivo, que sí comporta la supresión de las visitas, ya que de acuerdo al artículo 14.1 de la Llei, para la constitución administrativa de dicho acogimiento se precisa el asentimiento de los padres, salvo que estu-

vieran privados de la patria potestad, cosa que aquí no ocurría. Puesto que la inmediata efectividad de la privación de visitas, a pesar de su impugnación, produjo un determinado estado de cosas, es decir, que los niños no hubieran visto a sus padres durante el tiempo indicado, la frecuencia y duración de las mismas tuvo que hacerse de forma muy restrictiva.

No parece necesario que la manera concreta como las mismas se desarrollan en un centro de la Generalitat, llegue al extremo de que los padres y sus hijos no puedan salir de una sala sin, por ejemplo, dar una vuelta por el patio, jardines o alrededores del edificio, ni que el control y la supervisión que de las visitas se encomendaba a los propios servicios técnicos de la Administración, se ejecuten de manera poco menos que inquisitorial, con la presencia permanente y constante de un educador o monitor que sistemáticamente adopta, según resulta de los propios informes del resultado de cada visita, una actitud examinadora y pasiva, sin que intervenga, aprovechando sus conocimientos y experiencia profesional, ayudando a los padres y a los niños a relacionarse en la forma más conveniente para éstos, aconsejando, en su caso, a los primeros.

Es decir, la entidad pública, y los servicios que de una u otra manera de ella dependen, ha adoptado una actitud puramente pasiva y no activa, en orden a favorecer la mencionada relación, interpretando negativamente, de forma casi sistemática, cualquier actuación de los padres hacia los hijos, aplicando un rigor que haría francamente difícil a cualquier pareja aprobar el “examen”. Llama la atención que en múltiples informes de las visitas se aluda negativamente a que se realicen en un espacio tan reducido y que, a pesar de ello, continúen haciéndose de esa manera.

Tampoco puede sorprender excesivamente esa actitud, nada favorable para los padres, teniendo en cuenta que en el propio expediente administrativo se hace constar en documentos internos, a raíz de la notificación del auto de esta Sala, que dicho caso

se consideraba como “de no retorno”, es decir, que la Administración pensaba que era imposible que los niños volvieran a convivir con sus padres, cuando lo único que se había acordado por esta Sala era el restablecimiento de las visitas. Incluso se desprende una singular manera de entender el mandato constitucional que impone el obligatorio cumplimiento de las resoluciones judiciales (artículo 118.1), cuyo conocimiento cabe suponer de cualquier funcionario público, ya que a pesar de que en el auto se fijaba la frecuencia y duración de las visitas, en documentos de 2 y de 8 de enero de 2001, es decir, inmediatamente posteriores a su notificación a la Administración de protección, se aprecia una actitud claramente obstructiva al cumplimiento de lo decidido judicialmente, tanto en cuanto al día de la visita, sin contar para nada con las posibilidades de los padres, como en lo atinente a su duración.

Afortunadamente, se impuso el respeto a la legalidad y el sentido común y no se concretaron esas actitudes y propuestas internas iniciales, que incluso pudieran haber dado lugar a la deducción de las correspondientes responsabilidades.

Por lo demás, si la opinión que tenía dicha Sección acerca del resultado que ofrecían las visitas era tan negativa, bien pudo acudir ante el Juez de primera instancia solicitando la supresión, posibilidad que ya se avanzaba en el auto de 21 de diciembre de 2000, cosa que no hizo.

A pesar de lo anterior, no se puede admitir que la causa principal y determinante del alejamiento o distanciamiento que se ha producido con los hijos obedezca al tiempo que han estado sin poder ver a los padres o a la forma como se ha ejecutado el régimen de visitas.

En primer lugar, si éstos no estaban de acuerdo con la forma como se ven obligados a materializarlo, bien podrían haber solicitado del Juzgado ante el que se tramite en primera instancia la oposición a la privación de aquéllas, que era el encargado de ejecutar el auto de la Audiencia, lo que hubieran tenido por conveniente. En segundo lugar, si a su

juicio el resultado de las visitas era positivo, bien pudieron haber reclamado, por ejemplo, su incremento progresivo, con la finalidad de estrechar los lazos con sus hijos. Se aprecia, en consecuencia, una actitud que podría calificarse de pasiva o acomodaticia, ya que quieren ver a los hijos, pero tampoco adoptan una postura dinámica y activa, pareciendo que hacerlo cada dos semanas y durante escasas horas, fuese suficiente, cuando lo normal debe ser hacer todo lo posible para conseguir una intensificación del tiempo que podían pasar con ellos.

En esta segunda instancia se ha acreditado que los padres no asistieron a las visitas previstas durante el mes de febrero, marzo y 6 de abril de 2002. En total, cinco días. En las dos primeras ocasiones avisaron de su falta de asistencia por razones médicas de la madre, que se encontraba embarazada. En las otras tres no consta que avisaran ni justificasen su ausencia. Se puede entender que por razones de peso, entre ellas las de salud, los padres puedan faltar a las visitas con sus hijos que se les han reconocido. Pero se ha-

ce más difícil comprender que por muy importantes o urgentes que sean las que determinen su ausencia, ni siquiera avisen en tres ocasiones, ni tampoco intenten excusar posteriormente su ausencia, o pidan que las visitas puedan hacerse otros días, intentando de alguna manera compensar el hecho de que no hayan podido ver a sus hijos. Porque lo cierto es que han estado más de dos meses sin verlos y sin que hayan intentado paliar la imposibilidad de acudir los días prefijados, pidiendo su sustitución por otros.

No se puede atender tan sólo a la estabilización de la situación de los padres, prescindiendo por completo del largo tiempo que ya duraba el desamparo hasta que se produjo la impugnación de la resolución y la evolución que han ido siguiendo los menores durante el mismo, lo que conlleva que atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, sea acertado el criterio expresado en la sentencia de primera instancia al entender que persiste la situación de desamparo de los menores.

4. *El momento en que se valora si un progenitor está o no incurso en causa de privación de la patria potestad es aquel en que la entidad pública interviene retirando a los menores de su familia biológica, y no el actual.*

AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Alcalá Navarro.

La cuestión objeto del litigio se circunscribe a determinar si la recurrente se encuentra o no incurso en causa de privación de la patria potestad, por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma respecto a su hija Francisca, nacida el día 5 de junio de 1992, cuya adopción se tramita en el expe-

diente del que es incidente el presente juicio verbal, a los efectos de determinar, conforme a lo dispuesto en los arts. 170, párr. 1.º, 177, 2.2.º y 3.1.º CC y 1827 LEC de 1881, si es necesario que aquella asiente la adopción o basta simplemente su audiencia, lo cual es de una importancia capital, puesto que, co-

mo se desprende inequívocamente del propio contenido y tenor literal del art. 177 antes citado, si no estuviera incurso en causa de privación de la patria potestad y, por tanto, fuera necesario su asentimiento, no podría llevarse a cabo la adopción con su oposición, mientras que, si no lo estuviera y bastara su audiencia, tal oposición no sería vinculante. En la sentencia dictada a la anterior instancia se opta por esta segunda solución basándola, entre otros fundamentos, en que el momento a que ha de referirse la valoración de si la progenitora está o no incurso en causa de privación de la patria potestad es aquél en que la entidad pública interviene retirando a los menores de su familia biológica, y no el actual. El recurrente muestra su disconformidad con esta decisión argumentando que, si bien es cierto que existió en su día una situación de abandono, hoy en día se encuentra superada y debe recuperarse a la hija para integrarla en el núcleo familiar, con otros dos hijos de la misma madre, que forman una verdadera familia con el compañero de ésta.

Obra en el expediente de protección de la menor, que el Servicio de Atención al Niño hubo de intervenir ante la denuncia a la Policía Local de Fuengirola sobre los malos tratos de palabra y obra que recibía la menor de su progenitora, a la que constan antecedentes de detenciones por abandono de familia y niños y por tráfico de drogas. Asimismo consta que la citada tenía otros 3 hi-

jos anteriores a los que había abandonado y desatendido, que ejercía la prostitución y que era portadora del H.L.V., obstaculizando cualquier intento de integración de la menor que ahora nos ocupa en su familia extensa por temor a las represalias de la misma, debiendo reiterarse que el momento en que ha de valorarse si los padres están incurso en causa de privación de la patria potestad a los efectos del art. 177.2.2.º CC, es el momento en que la autoridad administrativa decreta el amparo, pues como señala la sentencia del TS de 18 de octubre de 1996, la privación de la patria potestad requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, por lo que, a la luz de esta afirmación, surge la imposibilidad de que la intención del legislador haya sido que el juicio de valor sobre cumplimiento o incumplimiento de esos deberes pueda tener lugar precisamente en el momento en que el ejercicio de la patria potestad está suspendida al estar la menor acogida por la entidad pública correspondiente, debiendo indicarse que las normas jurídicas no deben ser interpretadas de manera que conduzcan a soluciones que no se adaptan al contenido y filosofía que inspira el cuerpo legal en el que están insertas o las mismas lleguen a ser absurdas e inoperantes, como entiende la sentencia del mismo Alto Tribunal de 24 de noviembre de 1994.

XIII. UNIONES DE HECHO

1. *Improcedencia de aplicar la legislación de parejas de hecho navarra al existir un conflicto de leyes, debiendo resolverse la cuestión de acuerdo con lo establecido en el art. 9.2 del CC y por tanto, estando la residencia habitual de los convivientes fuera del territorio foral, no tienen la condición de pareja estable de hecho conforme a la Ley navarra.*

AP NAVARRA, Sec. 2.^a, Sentencia de 12 de junio de 2002. **Ponente: Ilma. Sra. D.^a Blanca Gesto Alonso.**

La representación procesal de D.^a Teresa interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra D. Juan y D. Carlos solicitando que se dicte sentencia en la que estimando la demanda se declare que D. Miguel, (fallecido el día 8 de agosto de 2000), y D.^a Teresa tenían la condición de pareja estable o pareja de hecho conforme a la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio.

La sentencia de instancia estima la demanda y declara que la demandante (D.^a Teresa) y D. Miguel tenían la condición de pareja estable o de hecho y condena a D. Juan y D. Carlos a estar y pasar por tal declaración, con condena en costa a los demandados.

Frente a la referida resolución se alza en apelación la representación procesal de D. Juan y D. Carlos con base en las siguientes alegaciones: En primer lugar y como cuestión previa indica que la demanda rectora del presente procedimiento se basa en la Ley foral 6/2000 de 3 de julio “de parejas estables”.

Señala que dicha Ley ha sido objeto de Recurso de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por el Partido Popular, representado por el Diputado D. Álvaro.

Recurso que fue admitido a trámite por la Sección cuarta del pleno del Tribunal mediante providencia del Pleno del referido Tribunal, de fecha 31 de octubre de 2000, actualmente en tramitación.

Y al amparo de lo prevenido en los artículos 35 y concordantes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, solicita expresamente que la Sala plantee al Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad del artículo 2.3 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, cuyo contenido es del siguiente tenor literal: “Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga vecindad civil navarra”. Siendo así que el citado precepto contiene una disposición que afecta al derecho interregional y que el artículo 149.1.8 de la Constitución Española afirma que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes” lo que equivale a decir que tanto el Derecho Internacional Privado, como el Derecho Interregional —según jurisprudencia del Tribunal Constitucional— son de producción exclusiva del Estado y resultando que el referido precepto (que

contiene una norma de derecho interregional) es de expresa aplicación al presente supuesto, toda vez que D.^a Teresa, de vecindad común, domiciliada en la soriana ciudad de Ágreda, pretende la aplicación de la Ley Foral, a su relación con el causante D. Miguel, de vecindad civil navarra, precisamente en virtud del citado art. 2.3, es por lo que resulta justificado que la Sala antes de dictar sentencia someta al Tribunal Constitucional, conforme a las referidas normas contenidas en los arts. 35 y ss. de la LOTC, la inconstitucionalidad del artículo 2.3 de la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio.

En segundo lugar alega al amparo del art. 459 LEC la infracción del artículo 281 LEC (anterior art. 359 LEC/1881) en la medida en que, a su juicio, la sentencia no ha resuelto todas las cuestiones planteadas por las partes; omisiones que le causan indefensión en cuanto que repercuten en la condena en costas y conculcan el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que considera que procede retrotraer las actuaciones en la instancia al momento de presentación del resumen de pruebas.

En tercer lugar, aun cuando los recurrentes niegan la existencia de una relación de pareja estable, exponen —para el caso de que la Sala considerara que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad—, las razones por las cuales debe acudirse a los criterios del Código Civil y, más en concreto, al criterio recogido en el art. 9.2 por ser el precepto de aplicación en los supuestos de conflicto de leyes, en el territorio nacional, a los efectos de determinar qué norma debe aplicarse a la relación entre D. Miguel y D.^a Teresa, concluyendo conforme al mismo que debe aplicarse a la referida relación las disposiciones del Código Civil y el Derecho Civil Común.

Consideran los recurrentes en cuarto lugar que no ha quedado suficientemente acreditada la relación de pareja estable entre D. Miguel y D.^a Teresa. De las pruebas practicadas deducen que la relación que les unía era de noviazgo, previa al inicio de la rela-

ción matrimonial en si misma y no una relación *more uxorio*.

Finalmente consideran que aun cuando fuese desestimado el recurso en cuanto al fondo, debe estimarse en cuanto a la no imposición de costas en primera instancia.

La parte demandada, se opone el recurso impugnando las alegaciones vertidas *de contrario* y solicita la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de instancia.

Por providencia de fecha 25 de febrero de 2002, rectificada por error material por la providencia de fecha 1 de marzo de 2002, tras constatar la Sala la posible inconstitucionalidad del art. 2.3 de la Ley Foral planteada por la parte demandada recurrente, actuando de conformidad con lo prevenido en el art. 35.2 LOTC, confiere el oportuno traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, al efecto de oírles, para que en el plazo común e improrrogable de diez días pudiesen alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad del señalado artículo 2.3. Dentro del plazo concedido, las partes así como el Ministerio Fiscal presentaron los correspondientes escritos de alegaciones acerca de la conveniencia o no de plantear la referida cuestión de inconstitucionalidad, manifestándose en sentido afirmativo el Ministerio Fiscal y la parte demandada recurrente y mostrando la improcedencia de plantearlo la parte actora apelada. Esta última hace especial hincapié en que la Ley 6/2000 resultaría de aplicación en cuanto establece un concepto jurídico sobre cuándo puede considerarse que existe una pareja de hecho a los efectos de esa Ley, pero el fallo de la resolución apelada no se encontraría condicionado a la constitucionalidad o no de dicha Ley, ni siquiera en la aplicabilidad o no de la misma, por cuanto que lo que se pretende por esta parte es la declaración de un hecho que viene siendo negado por los demandados y que, a juicio de esta parte, no necesariamente está supeditado a la Ley cuya inconstitucionalidad se insta, sino que resulta acreditado de

todo el material probatorio aportado a los autos, como así fue valorado por el juzgador de instancia, cual es el hecho de que D.^a Teresa y D. Miguel, tenían relación de pareja de hecho o pareja estable o lo que es lo mismo, que su relación puede ser equiparada a una “unión conyugal de hecho consolidada” y ello en aplicación de la Ley 6/2000, o de cualquier otra disposición legal que resulte de aplicación al caso, por reunir todas las notas características de este tipo de relaciones, al margen de lo que la Ley cuya inconstitucionalidad se pretende —y que esa parte consideraba de aplicación—, regule.

Sostiene en definitiva, que la validez de este proceso no depende de la validez o constitucionalidad del art. 2.3 L.F. 6/2000, por lo que resulta improcedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del referido precepto.

Para resolver el presente recurso de apelación es preciso comenzar por la cuestión que se plantea como previa: la solicitud a la Sala de que se plantee al Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad del art. 2.3 de la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio.

Asimismo, para resolver la anterior cuestión, resulta preciso delimitar el objeto del debate, para así poder determinar si el fallo de la sentencia depende de la aplicación y consiguiente validez del art. 2.3 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, tal como previene el artículo 163 CE, así como los artículos 35.1 LOTC y 5.2 LOPJ.

De la demanda se infiere que se ejercita una acción declarativa de la “condición de pareja estable o de hecho” en base, como señala el Juez *a quo* (FD 1.^o), a la Ley Foral 6/2000. Este sometimiento a la referida Ley quiere decir que lo que se pide es la declaración de que entre los interesados existía la institución o el status de “pareja estable navarra”, con los efectos que para ésta establece nuestro Derecho propio. A partir de esta consideración, ese sometimiento a la L.F. 6/2000 pasa necesariamente por la aplicación de su artículo 2.3 tal y como inequívocamente resulta de su tenor literal.

De lo anterior se deduce que de la validez del art. 2.3 de la L.F. 6/2000 depende el fallo.

Así las cosas es incuestionable que existe más que una duda acerca de la constitucionalidad del artículo 2.3 de la Ley 6/2000 porque:

a) Es evidente que estamos ante una norma que trata de resolver un “conflicto de leyes en el espacio”, esto es, de determinar la aplicación de un concreto ordenamiento entre varios que entran en conflicto (en este caso, el Derecho navarro y el Derecho civil común, que son los que respectivamente corresponde, en razón de su vecindad civil, a cada uno de los miembros de la “pareja estable”).

b) El dictado de normas que se ocupen de “resolver conflictos de leyes en el espacio” lo reserva la Constitución exclusivamente al Estado (art. 149.1.8 CE) al Estado corresponde “en todo caso” la competencia para dictar las “normas para resolver los conflictos de leyes”, lo cual es una excepción a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas que tenían un Derecho civil foral preexistente puedan legislar sobre su “conservación, modificación y desarrollo”. Esa competencia exclusiva del Estado afecta tanto al llamado “Derecho internacional privado” cuanto al denominado “Derecho interregional”.

c) En el caso de Navarra, la competencia exclusiva del Estado a que nos acabamos de referir, es un claro límite a la unidad constitucional en que la LORAFNA establece el límite del régimen foral, también en el aspecto de las competencias de Navarra (art. 2.2 LORAFNA). Así resulta con claridad del art. 43 LORAFNA, que demuestra que en este punto no tiene Navarra un *plus* de competencia respecto de las restantes Comunidades Autónomas. Sin embargo y aun pese a que las anteriores consideraciones ponen de manifiesto la procedencia o posibilidad de formular la cuestión de inconstitucionalidad, debido a que la Sala conoce la pendencia ante el Tribunal Constitu-

cional del recurso de inconstitucionalidad formulado frente a la referida Ley en su totalidad, estima pertinente en este caso, aun cuando sea forzando un tanto las cosas, acogerse a lo dispuesto en el art. 5.3 LOPJ que indica que sólo procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad “cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”. Conforme al referido precepto puede evitarse el planteamiento de la cuestión, interpretando el art. 2.3 como una norma material de Derecho navarro que operaría “después” de haber aplicado la oportuna norma estatal de conflicto: Para encontrar el ordenamiento aplicable al caso, ha de recurrirse necesariamente a las normas de conflicto del Código Civil, al ser el legislador estatal el único competente para regular ese extremo (art. 149.8.^a CE). Desde esta perspectiva, la norma de conflicto que ha de aplicarse, por evidente razón de analogía, es el art. 9.2 CC. No hay, en efecto, entre las normas de conflicto del Código, ninguna otra que se ajuste a la situación de “pareja estable”, que además se plantea por el legislador como análoga al matrimonio (art. 1 LF 6/2000, “análoga relación de afectividad” a la matrimonial).

En este caso, el artículo 9.2 CC lleva a considerar como ley de la unión estable a la de la “residencia habitual común”, que fue Ágreda (Soria). De aquí que dicha unión estable no pueda regirse por el Derecho navarro, sino por el llamado Derecho civil común o general. Si por el contrario los convi-

vientes hubieran tenido su “residencia habitual común” en Navarra, el propio artículo 9.2 CC llamaría a la aplicación del Derecho navarro, en concreto al artículo 2.3 de la L.F. 6/2000.

En este caso caben dos supuestos, siempre partiendo de esa “residencia habitual común” en el territorio foral:

a) Que uno o ambos convivientes tuviera la vecindad civil Navarra. En tal caso se les reconocería la situación legal e institucional de “pareja estable navarra”, con los efectos de la citada LF 6/2000.

b) Que ninguno de ellos tuviera vecindad civil Navarra. En tal caso no se les consideraría “pareja estable” regida por la LF 6/2000, a efectos de esa Ley.

Así, conforme a lo expuesto, no cabe atribuir a la relación habida entre D. Miguel y D.^a Teresa la consideración de “pareja estable” regida por la LF 6/2000; razón por la que procede acoger el recurso pues, aun cuando la Sala comparte con el Juez “a quo” el hecho de que de la prueba se deduce que aquéllos mantuvieron una convivencia análoga a la conyugal durante más de dos años, situación que permitiría considerar que constituían una pareja estable; al no ser posible entender el *petitum* de la demanda desligado de la aplicación de la referida Ley Foral, puesto que no es misión de los Tribunales declarar la existencia de una situación de mero hecho, sino de un determinado derecho o una concreta situación jurídica que se discute, procede desestimar la demanda.

2. *No fijación de indemnización alguna a favor de la conviviente al no haberse acreditado que colaborase en la actividad profesional del otro conviviente.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 12 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

La parte apelante a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha interesado que se reconozca en favor de la recurrente el derecho a la indemnización, en la cuantía de 1.200.000 pesetas, y en razón del empobrecimiento que la misma ha sufrido durante la convivencia, por consecuencia de la colaboración en la actividad profesional del apelado, quien, a su vez, ha conseguido un enriquecimiento, habiendo mejorado su situación económica y profesional. La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso planteado de contrario, ha solicitado la confirmación de la sentencia.

La cuestión que plantea la parte recurrente en esta alzada, reiterando aquella pretensión sostenida en su momento en la instancia, con referencias a la solicitud de indemnización por enriquecimiento de la otra parte durante la etapa de convivencia entre ambos ya ha sido analizada por el Tribunal Supremo en sentencias de 11 de diciembre de 1992, 20 de octubre de 1994, y con fecha más reciente, en la sentencia de 27 de marzo de 2001; la doctrina que emana de las anteriores resoluciones viene a señalar que las uniones de hecho carecen de regulación legal si bien es una realidad no prohibida por el derecho que produce determinados efectos jurídicos, y a la luz de los principios constitucionales (artículo 9.2, artículo 10.1, artículo 14 y artículo 39) se ha abierto paso la necesidad de su regulación, concretada ya en diversas legislaciones autonómicas (Ley

10/9 de 15 de julio, en Cataluña, Ley 6/1999 de 26 de marzo, en Aragón, Ley de 3 de julio de 2000, en Navarra) reguladoras todas ellas de las parejas estables.

En consonancia con lo anterior, y de acuerdo con los principios que inspiran la normativa indicada anteriormente, y conforme establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha dado otro paso, configurado de modo definitivo en la sentencia de 5 de julio de 2001, que establece la posibilidad de reconocer el derecho a la pensión por desequilibrio, en razón de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, dada la semejanza que la ruptura unilateral de la unión de hecho guarda con la ruptura matrimonial por separación o divorcio, siempre que se justifique un desequilibrio económico al momento de la ruptura de dicha convivencia.

Sentadas las anteriores bases, ciertamente no existe duda al momento actual para reconocer consecuencias económicas y materiales a la ruptura de la convivencia, habiendo existido previamente una unión de hecho con carácter estable y duradero, de manera que, admitida en el ámbito jurídico la procedencia de tal solicitud, es obvio que la parte que reclama la indemnización o la pensión compensatoria debe justificar la concurrencia de los presupuestos que definen uno y otro beneficio.

En el caso en el que se solicite la pensión compensatoria debe acreditarse la concurrencia, al momento de la ruptura de la convivencia, de la existencia del desequilibrio

económico en relación con el status mantenido durante la vigencia de dicha convivencia, demostrando, por un lado, la realidad de tal convivencia *more uxorio*, y de otro, la posición notablemente inferior, en el ámbito patrimonial y económico, con respecto al otro conviviente. La cuantía vendrá definida en razón de los años de duración de dicha convivencia, la dedicación pasada o futura a los hijos, o al otro conviviente, los medios y caudal con los que cuentan unos y otros, las posibilidades laborales de quien reclama el derecho... etc.

En el supuesto en el que se solicite la indemnización, debe acreditarse la concurrencia de los requisitos que establece la jurisprudencia en relación con el enriquecimiento injusto, a saber, de una parte, el aumento del patrimonio de uno de ellos durante los años de convivencia, demostrando que dicha mejora patrimonial ha tenido su origen en la colaboración del otro, colaboración que debe ser determinante, al menos en parte, de la consecución de dicho aumento patrimonial; consecuentemente es necesario justificar el empobrecimiento de quien ha prestado tal colaboración, puesto que no ha habido retribución por el trabajo desarrollado, no solamente en el ámbito laboral y profesional del otro conviviente, sino también en el cuidado de las relaciones sociales y de la atención doméstica del mismo, circunstancia que precisamente genera dicho empobrecimiento, de manera que debe existir una inmediata correlación entre una circunstancia y otra (enriquecimiento de uno y empobrecimiento del otro). En suma, si se ofrece suficiente prueba al respecto de todo cuanto se acaba de indicar, y puesto que el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones —en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc.— resulta procedente sólo en estos casos dar lugar a la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa.

Por otra parte, conviene precisar, siguiendo con la doctrina jurisprudencial señalada anteriormente, que dichas reclamaciones se asientan generalmente sobre la base de la existencia de convivencia de larga duración, cobrando sentido pleno la protección del conviviente perjudicado por tan permanente situación de hecho, siendo en estos casos posible, o por la vía de la consecuencia indemnizatoria o por la que señala el artículo 97, facilitar y ayudar a dicho conviviente el tránsito a la nueva situación fáctica que se origina tras la ruptura de la convivencia.

Descendiendo al supuesto que nos ocupa, y analizando el conjunto de la prueba que viene practicada en la instancia, cabe afirmar la improcedencia del derecho que se reclama por la parte apelante. En efecto, nos referimos a una unión de hecho que comienzan en marzo de 1997 y termina, aproximadamente, en el mes de abril del año 2000. La demanda, en solicitud de la regulación de los efectos personales y económicos en favor del hijo habido en dicha unión, la presenta la parte hoy apelada, aprovechando la fase procesal relativa a la reconvencción, para reclamar la hoy recurrente la medida económica anteriormente indicada.

Señala esta última que trabajó con el apelado, ejerciendo como auxiliar, en la clínica propiedad de aquél, atendiendo a los pacientes, realizando labores de limpieza, ejerciendo como secretaria, con tareas administrativas, y sin embargo, no ha cumplido con la obligación de probar todo cuanto ha afirmado, de conformidad con lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, en este sentido, no existe ni la prueba testifical, en relación a los clientes o pacientes de dicha clínica, tampoco demuestra en qué circunstancias personales y familiares se desarrollaba su vida cuando, por un lado, debía estar en la clínica, y por el otro, debía atender al hijo menor; no presenta ni una sola prueba documental, en relación con el conjunto de documentos que habitualmente se manejan en esta clase de actividad, en relación con ficheros, agendas,

elaboración de minutas y presupuestos relacionados con la actividad médica desarrollada por el apelado. Ciertamente, la recurrente prestó 800.000 pesetas para el inicio de dicha actividad, si bien este dinero hace ya tiempo que fue devuelto a la misma, sin que tampoco se haya visto implicada, desde el punto de vista personal o económico, por razón de su condición de avalista, en algún préstamo interesado por el apelado.

No demuestra el enriquecimiento que se ha producido en el patrimonio de este último, ni la mejora en el ámbito profesional o económico en la actividad profesional desarrollada por aquél, como consecuencia de la presunta colaboración de aquélla, y lo que es más importante, tampoco justifica que en el periodo que ha durado la convivencia, o en aquel otro en el que se ha desarrollado la actividad profesional y laboral en la clínica, desde el mes de abril de 1999, haya perdido, o dejado pasar por su situación, concretas oportunidades o posibilidades, en el ámbito laboral y económico, determinando ello un claro y definitivo perjuicio para la recurrente.

Por contra, sucede que esta última percibe dos pensiones, de viudedad y orfandad,

ha realizado únicamente tareas de limpieza, que puede desarrollar en el momento presente, se ha dedicado a la promoción y venta de determinados productos, lo que igualmente puede realizar ahora, y cuenta con una vivienda de su propiedad, que arrendó en su momento, habiendo percibido rentas, siquiera hasta el momento en el que el arrendatario ha venido abonando las mismas, habida cuenta que ya se ha dictado sentencia, con fecha 17 de septiembre de 1999, por el Juzgado de Primera Instancia, declarando la resolución del contrato y condenando al arrendatario al abono de la cantidad de 311.500 pesetas; en suma tiene la recurrente una fuente de ingresos y medios para atender a la primaria necesidad de alojamiento; de las respuestas dadas por el apelado en confesión, que llega a reconocer que sólo esporádicamente ha frecuentado aquella la clínica, no es posible deducir que haya existido una colaboración constante, permanente, con dedicación diaria y puntual a las tareas propias de la clínica donde desarrollaba la actividad profesional el apelado.

Todo lo anterior nos permite declarar la improcedencia de la pretensión mantenida por la recurrente, pensada para otros supuestos fácticos distintos a los que han concurrido en el caso analizado.

XIV. TEMAS PENALES

1. *Condena al esposo por un delito de estafa al haber utilizado la firma de la esposa para obtener un lucro patrimonial a costa del patrimonio de aquélla.*

AP BARCELONA, Sec. 2.^a, Sentencia de 13 de mayo de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a José Magaldi Paternostro.

Articula la representación procesal del acusado el recurso de apelación que interpo-

ne contra la sentencia dictada a 7 de febrero de 2002 en realidad alrededor de un único

motivo jurídico: el Juez *a quo* al dictar la sentencia condenatoria que pronuncia habría incurrido en error en la valoración de la prueba, insuficiente a entender de la parte para fundar una condena, con la consiguiente vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado. Con base en los argumentos jurídicos contenidos en el escrito de formalización del recurso solicita la parte recurrente, la revocación de la resolución apelada y que se dicte nueva sentencia de conformidad con sus pretensiones abso-lutorias y subsidiariamente que se atempere la severidad de la pena impuesta en la primera instancia.

El recurso de apelación debe prosperar parcialmente en esta alzada, pero no por los motivos ni con el alcance pretendido por el recurrente, sino por las razones jurídicas que se explicitan en los siguientes Fundamentos de Derecho.

Previo al análisis del fondo del recurso debe ponerse de relieve que si bien es cierto que el recurso de apelación permite la revisión de la valoración de la prueba efectuada por el Juez *a quo*, cierto es también que el hecho de que aquella tenga como base las pruebas practicadas a su presencia, garantizados los principios de publicidad, oralidad y contradicción, oídas acusación y defensa y las propias manifestaciones del acusado (artículos 24 de la CE, 229 de la LOPJ y 741 de la LECrim) conlleva que en principio dicha valoración deba ser respetada, hecha excepción de que carezca de todo apoyo en el conjunto probatorio practicado en el acto solemne del Juicio Oral, lo que no acontece en la sentencia objeto de apelación.

En efecto, cuestiona la parte en primer término que exista prueba de cargo suficiente para poder afirmar la autoría del acusado de las firmas obrantes en los documentos cuya falsedad se predica y sobre los que se sustenta la acusación que por delito de falsedad en documento mercantil se dirige contra él mismo, sobre el hecho de que la pericial caligráfica no es contundente al respecto y ello es cierto pero la única consecuencia que comporta es que, ante la negativa de los he-

chos por parte del acusado, no existe prueba directa de cargo de dicha autoría. Pero, como correctamente razona el juez *a quo*, sí se acreditan en autos múltiples hechos ciertos (indicios) que permiten inferir lógicamente, como lo hace el juzgador que acude al recurso legítimo a la prueba indiciaria, que fue el acusado, entre otros extremos porque objetivamente no pudo ser de otra manera, quien imitando la firma de la que fuera su esposa se lucró a su costa.

Y de igual modo ninguna duda jurídica existe de que concurren todas las exigencias legales previstas en el artículo 74 del texto punitivo para otorgar viabilidad a la calificación del hecho como un delito continuado de falsedad, al acreditarse que el acusado llevó a cabo plurales actos de falsedad documental, todos ellos lesivos a idéntico bien jurídico e infractores de idéntico precepto legal, actos movidos por un mismo y único propósito preconcebido, el de obtener un incremento patrimonial a costa del patrimonio de su esposa, desposeyéndola de numerario del que era titular o gravando dicho patrimonio con créditos que necesariamente los acreedores deberían reclamar a la misma.

Por el contrario el recurso debe ser estimado por lo que a la condena por delito continuado de estafa se refiere y por motivos de estricta legalidad. Así es, no discutida la justeza de la valoración de la prueba efectuada por el Juez *a quo* respecto de que efectivamente el acusado mediante engaño dirigido a diversas entidades cristalizado el mismo en simular la firma de la esposa obtuvo un lucro patrimonial ilícito a costa del patrimonio de aquella ni la incardinación jurídico penal de dicha conducta en el tipo penal de la estafa, lo cierto es que si bien el sujeto del engaño fue un tercero (los empleados de las referenciadas entidades) el titular del bien jurídico protegido en el precepto y, por tanto sujeto pasivo del delito continuado de estafa que llevó a cabo, no es otro que quien entonces era su esposa de quien se obtuvo por los medios fraudulentos y falsarios antedichos un incremento patrimonial a costa de un menoscabo o lesión de su patrimonio.

Y si las cosas son así y como se entiende probado en la sentencia objeto de apelación, todos los hechos delictivos plurales por los que se acusa al acusado como presunto autor de un delito continuado de estafa, hecha excepción del hecho acaecido a 20 de mayo de 1998 que fue anterior, tuvieron lugar constante matrimonio, por lo que resulta de aplicación la excusa absolutoria o causa personal de levantamiento de la pena prevista en el artículo 268 del Código Penal, lo que da al traste con la condena que se pronuncia por delito continuado de estafa.

Al acusado únicamente puede exigírsele responsabilidad por el delito de estafa cometido a fecha 20 de mayo de 1998 cuando aún no habían contraído matrimonio, sin que pueda otorgarse relevancia, a estos efectos, a las meras alegaciones de la defensa de que el dinero rescatado de la póliza de vida se utilizó para pagar la boda pues ningún dato acreditativo de tales manifestaciones se aporta frente a la declaración de la esposa de que se enteró una vez ya casados de que había rescatado la póliza. Sí en cambio debe entenderse que el perjuicio patrimonial para la acusada fue solo de la mitad del importe del rescate puesto que, previsto el seguro de vida, para ser cobrado en caso de fallecimiento de cualquiera de los dos por la persona supérsite (eran coasegurados y así lo expresa la propia esposa en Juicio) la cantidad obtenida en caso de rescate anticipado, en ausencia de cualquier otro extremo al respecto, debe ser entendida titularidad de ambos por mitad, razón por la cual el resarcimiento civil se fija —al igual, que lo entendió el Juez *a quo*— en 300.000 pesetas.

De lo expuesto se desprende, por un lado, que el acusado es autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil y de un delito de estafa (calificación a efectos de penalidad más beneficiosa que la también posible calificación de autoría de un delito de falsedad en concurso medida con un delito de estafa —artículos 238, 239, 392 y 77— y de un delito continuado de falsedad por los hechos falsarios acaecidos a 17-2-1999 y a 3-9 —artículos 392 y 74— por los que le correspondería, penando separadamente la estafa y la falsedad medial —artículo 77 *in fine*— las penas de seis meses de prisión por la estafa y seis meses de prisión y multa de seis meses por la falsedad a las que debería sumarse la pena de veintidós meses de prisión y multa de nueve meses por el delito continuado de falsedad), por lo que procederá imponer al mismo la pena de seis meses de prisión por el delito de estafa y la pena de veintidós meses de prisión y nueve meses multa a una cuota diaria de 200 pesetas (al no constar su capacidad económica) por el delito continuado de falsedad en documento mercantil, solución penológica que el Tribunal entiende plausible y jurídicamente correcta habida cuenta que la génesis y fundamento del instituto del delito continuado se halla en beneficiar al reo.

En virtud de los argumentos jurídicos contenidos en los anteriores Fundamentos de Derecho procede, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto, la revocación también parcial de la sentencia dictada en la primera instancia en el sentido antes explicitado y detallado en el fallo, así como la declaración de oficio de las costas del recurso.

2. *Absolución del delito de impago de pensiones al no cumplirse los presupuestos del delito ya que aunque el denunciado está obligado al pago de la pensión alimenticia, al carecer de posibilidades económicas está impedido para poder abonarla.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.^a, Sentencia de 31 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

El desarrollo del motivo hace necesario precisar que el art. 226 del CP según redacción dada por LO 10/95, de 23 noviembre, tipifica como delito de abandono de familia y pena en este concepto a quien dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendentes o cónyuge, que se hallen necesitados. Con carácter singular, asimismo, tipifica en el art. 227 como actividad integradora de este tipo penal y siguiendo la pauta establecida por el antiguo art. 489 bis, introducido por LO 3/98, a quien dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge, o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos.

Pues bien esa introducción del delito de impago de pensiones no fue bien acogida por la doctrina penal. Se argumenta que la necesidad y legitimidad de una intervención penal implica argumentar sobre la existencia de un bien jurídico digno de protección que resulta atacado de forma grave por una conducta y sobre la eficacia de los instrumentos penales para proteger el bien jurídico. Ello significa que antes de introducir un nuevo delito en el Código Penal hay que

examinar cuidadosamente el objeto de protección y si no hay un medio menos dañino que el derecho penal para proteger el objeto y con ello solucionar el conflicto social subyacente.

Se ha dicho que el conflicto social que subyace a este delito puede solucionarse acudiendo a mecanismos jurídico-civiles; el Juez puede, conforme a los artículos 90, párrafo último, 91, 93, 97.2 y 100 del Código Civil, adoptar las medidas pertinentes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones civiles. Por ello el abandono de deberes pecuniarios familiares del artículo 487 bis, actual art. 227, no significa más que la elevación a la categoría de delito de lo que no es más que un incumplimiento civil, sin que exija otra lesión o bien jurídico alguno o que se ha resucitado la prisión por deudas. Con ello se quiere decir que no hay un bien jurídico digno de protección penal y que, por tanto, quiebra el principio de intervención mínima.

Este argumento es particularmente interesante; supone que la función del derecho penal no consiste en entrar en acción en el momento en que otros sectores del ordenamiento jurídico se reconocen importantes para solucionar los problemas que se les presentan. La correcta concepción del derecho penal como *ultima ratio* puede inducir a la confusión de establecer los límites entre el derecho penal y los otros sectores del ordenamiento jurídico con criterios puramente cuantitativos; el derecho penal estaría, por ejemplo, para atajar el desbordamiento de

los límites del derecho civil. Por el contrario, esta expresión quiere indicar que entre el Derecho Penal y estos otros sectores existen también más diferencias cualitativas: el derecho penal se limita a la regulación de una serie de conductas que son realmente intolerantes para la existencia de una sociedad racionalmente organizada, con independencia de que sean o no de muy frecuente aparición.

En relación con el principio de intervención mínima y la protección penal de los deberes familiares es necesario acudir a la jurisprudencia penal posterior a la entrada en vigor de la Ley 30/81, de 7 de julio, del divorcio, en relación con la aplicación del delito de abandono de familia —no olvidemos delito más grave en el supuesto de su párrafo 2.º que el estudiado—. En ellas (por ejemplo, Sentencias de 6 de octubre de 1986, 7 de marzo de 1988 y 30 de mayo de 1988) se recuerda la trascendencia que debe reconocerse en el ámbito familiar del principio de intervención mínima del derecho penal, así como la existencia de nuestro ordenamiento jurídico de unos cauces, suficientemente generosos, para que los interesados puedan resolver —en la medida de la posible— los problemas que necesariamente suscitan las situaciones de crisis familiares.

El mero impago, sin más, no debe generar por sí sólo el delito estudiado. El principio de culpabilidad desde la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/83 de 25 de junio, rige ya de forma plena y efectiva en nuestro Código Penal como consecuencia de la nueva redacción dada a su artículo 1.º, el cual, después de definir los delitos o faltas como las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley, añade en su párrafo II que no hay pena sin dolo o culpa. Tal principio, que era necesario introducir en nuestra Legislación con el carácter general que le dio tal Ley Orgánica, está plenamente consolidado en el actual CP, arts. 5 y 10, y supuso eliminar precisamente, secuelas de responsabilidad objetiva que aún subsistían en nuestras Leyes penales, y en una consecuencia más y una aplicación

concreta en este ánimo de respetar a la libertad y dignidad de la persona y a los derechos inviolables inherentes a estos valores, que son el fundamento del orden político y de la paz social, según proclaman los artículos 1 y 10 de nuestra Constitución. Era necesario, dice la sentencia de 22 de noviembre de 1989 del Tribunal Supremo, reconocer el ciudadano la más importante de las seguridades jurídicas, la de no ser condenado sino en base a su propia y personal conducta y hasta el límite adonde pudiera alcanzar su voluntad o el resultado previsible o evitable de su comportamiento negligente. En consecuencia en el referido delito habría de exigirse un dolo que exigirá como mínimo el conocimiento de la resolución judicial y del incumplimiento, más la voluntad de quebrantar el deber establecido. Interpretación ésta refrendada por el antecedente directo de este delito, que era el artículo 34 de la Ley de Divorcio de 1 de marzo de 1932 que exigía que el incumplimiento había de ser culpablemente realizado —además de ser más restringido al limitarlo a la pensión alimenticia y no incluir las derivadas de separación y nulidad, e incluso a nivel de derecho comparado, así el art. 357.1 del C. Penal francés que se refiere a “cualquier persona que, tras divorcio, separación o nulidad matrimonial, se demore voluntariamente más de dos meses sin pagar totalmente a su cónyuge, o hijos, las prestaciones o pensiones de cualquier naturaleza...” si bien en el párrafo 2.º establece que la falta de pago se presumirá voluntaria salvo prueba en contrario. Presunción ésta de dudosa constitucionalidad según la doctrina francesa, conforme a la presunción de inocencia.

Refuerza esta tesis la opinión doctrinal de que si bien el tipo de este delito no exige ni que el obligado esté en situación económica que le permita cumplir con la obligación, ni que el beneficiario se encuentre en situación de necesidad, la falta de mención expresa del primer extremo, no significa que no sea aplicable la doctrina general sobre incapacidad de conducta típica o exigibilidad a través del estado de necesidad, por

lo que si el obligado no puede por carencia de medios abonar la pensión, se puede afirmar la ausencia de capacidad individual de realizar la conducta debida y, por tanto, la incapacidad para omitir típicamente. Como afirma la doctrina alemana “al tipo del deli-

to de omisión pertenece... la capacidad individual de acción”, por tanto, al tipo del delito de impago de pensión del artículo 227 pertenece la capacidad de pago del obligado. En otro caso sí estaríamos reconociendo la prisión por deudas.

XV. OTRAS CUESTIONES

1. *La dedicación de la esposa a la familia y la colaboración en tareas de auxiliar o administrativa en la consulta del esposo ha de considerarse ya debidamente compensada con la titularidad que ostenta de la mitad indivisa de la casa unifamiliar que fuera vivienda común, por lo que no procede fijar pensión alguna, pues en otro caso ello implicaría la sustitución del régimen de separación de bienes por el de sociedad de gananciales.*

AP LLEIDA, Sec. 1.^a, Sentencia de 4 de octubre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernando Ariste López.

Procede ahora examinar el motivo de recurso referente a la compensación económica en favor de la esposa con base en el art. 41 del Código de Familia de Cataluña, que en la instancia se fijó en 120.202,42 euros, o alternativamente en la adjudicación a la esposa de la mitad indivisa perteneciente al esposo de la vivienda unifamiliar que fue domicilio conyugal libre de cargas, consolidando así ella el pleno dominio sobre la totalidad de la finca. Aun cuando en el suplico de la contestación a la demanda por parte del esposo se solicitaba la atribución a la esposa del pleno dominio de la totalidad de la que fuera vivienda familiar, libre de cargas, se solicitaba que tal entrega se acordara en pago de la pensión compensatoria —pedimento que no se ha reiterado en esta alzada—, habiéndose solicitado expresamente en la citada contestación a la demanda que se declarara no haber lugar a la fijación de pensión compensatoria *ex art. 41 del Código de Familia*.

A través de la compensación indemnizatoria prevista en el citado precepto se pretende corregir en los supuestos de extinción del régimen de separación de bienes por separación conyugal, divorcio, o nulidad del matrimonio el enriquecimiento injustificado de uno de los consortes como consecuencia del trabajo no compensado del otro. Como dice la STSJ Cataluña de 27 de abril de 2000, para analizar la procedencia de dicha compensación ha de determinarse en primer lugar si existió una desigualdad económica a la hora de formar las masas patrimoniales como consecuencia de la disolución del matrimonio, y en segundo lugar, si, constatada esa desigualdad, ésta se hallaba justificada. En este caso se ha acreditado que la esposa, además de atender la casa y a la familia durante los más de 24 años que duró la convivencia, trabajó como auxiliar en la consulta privada del marido durante 22 años, si bien no consta que dicho trabajo en la consulta excediera de cinco horas semanales. Frente

a ello, a pesar de que el esposo era el único que efectuaba un trabajo remunerado y aportaba elevados ingresos económicos, a los que ya se ha hecho referencia, compraron la vivienda que fue domicilio conyugal, el local destinado a consulta y dos plazas de aparcamiento a nombre de ambos cónyuges, como propietario cada uno de la mitad indivisa. Además, el esposo tenía un apartamento con plaza de aparcamiento de su exclusiva titularidad en Salou, un vehículo marca Audi, otro vehículo también marca Audi que conserva, por el que manifestó haber pagado dos años antes del juicio seis millones de pesetas, una embarcación deportiva, que se ha valorado en 1.200.000 ptas. (f. 216), y un fondo de pensiones de 8.245.534 ptas. El esposo vendió el apartamento y plaza de aparcamiento de Salou en octubre de 2001, tras el cese de la convivencia, haciéndose constar en la escritura de venta el precio total de 17 millones de pesetas, y con su importe en noviembre de 2001 canceló el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar pagando 12.552.413 ptas., y afrontó también, como se ha dicho, el pago de 1.826.883 ptas. para la extinción de un préstamo con garantía hipotecaria sobre el piso de propiedad exclusiva de la esposa. Por tanto, aun después de la adjudicación al esposo del pleno dominio sobre la totalidad del local destinado a consulta sito en la C/ Rovira Roure, de Lleida —lo que no ha sido objeto de impugnación— la diferencia que consta en favor del esposo, respecto del patrimonio adquirido durante el matrimonio sería el citado local, valorado en 25.430.000 ptas. por el perito propuesto por la demandante, y en 27.500.000 en la tasación aportada por el demandado, el fondo de pensiones de 8.245.534 ptas. (f. 36), el vehículo marca Audi y la embarcación deportiva, además de la diferencia entre el precio obtenido por la venta de los bienes de Salou y las cantidades cuyo pago afrontó para la cancelación de los préstamos, es decir, 2.620.704 ptas., más 500.000 ptas. del precio de venta del otro vehículo. Dicha diferencia no puede consi-

derarse injustificada, teniendo en cuenta que era el esposo quien percibía los ingresos y que en un solo año, según declaró a efectos de IRPF del año 2000, a que ya se ha hecho referencia, percibió ingresos, después de descontar impuestos, por importe aproximadamente de la cuarta parte del valor de dicha diferencia patrimonial; pero además, la esposa ostenta la propiedad exclusiva del piso sito en la Plaza Ricardo Vinyes, de esta capital, que el perito propuesto por la misma valora en 18.758.000 ptas., mientras que en el dictamen pericial aportado por escrito por el esposo se valora en 24.300.000 ptas., otra finca rústica que se ha valorado en 10.300.000 ptas. (f. 108) y el fondo de inversión de 3.000.000 ptas., lo que aun partiendo de la valoración efectuada por el perito de la actora supondría que la diferencia entre el patrimonio final de ambos quedaría en torno a 60.101,21 euros. Finalmente, la dedicación de la esposa a la familia y la citada colaboración en tareas de auxiliar o administrativa en la consulta del esposo ha de considerarse ya debidamente compensada con la titularidad que ostenta de la mitad indivisa de la casa unifamiliar que fuera vivienda común, casa valorada por el perito propuesto por la actora en 46.774.750 ptas., y en 78.500.000 ptas. en la tasación aportada por el demandado, y con la exclusiva titularidad de la plaza de aparcamiento de la C/ Serra Prades que se le ha adjudicado, plaza valorada en 1.800.000 ptas. por el perito propuesto por la actora, y en 2.200.000 ptas. en la tasación aportada por el demandado. Por todo ello, aun partiendo de la valoración inferior de dichos bienes, habría conseguido un patrimonio de 24.287.375 ptas.; en consecuencia, no procede la fijación de compensación económica en favor de la esposa, sin que deba olvidarse que la compensación indemnizatoria del art. 41 del Código de Familia no puede implicar la sustitución del régimen de separación de bienes por el de sociedad de gananciales. En consecuencia, procede la estimación del correspondiente motivo de recurso del demandado.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

- 1.1. *Es inscribible la adopción constituida en el extranjero por un adoptante español en favor de la hija de su consorte, sin declaración de idoneidad de la entidad pública española, porque si esa adopción se hubiera constituido en España no sería necesaria la intervención de la entidad pública y no hay motivos para entender otra cosa, interpretado lógicamente el artículo 9.5 del Código Civil, si la adopción se ha constituido en el extranjero.*

RESOLUCIÓN de 12 de junio de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don L.O., mayor de edad, de nacionalidad española, domiciliado en la localidad de Igualada y casado con doña E.V.Y., de nacionalidad ucraniana, madre biológica de la menor V. G. compareció ante el encargado del Registro Civil de Igualada, solicitando la inscripción del nacimiento de la menor en el Registro Civil Central, al haber acaecido fuera de España, anotando la adopción declarada en virtud de Sentencia dictada por la Audiencia Municipal de M. provincia de D. (Ucrania) de fecha 16 de agosto de 2001.
- Vista la documentación presentada la Encargada del Registro Civil requirió al solicitante para que aportara certificado de idoneidad para la adopción manifestando el interesado que en Ucrania sólo se expide dicho certificado

cuando los adoptantes son ambos padres, no siendo este el caso, puesto que uno de ellos es el biológico del adoptado. El Encargado remitió todo lo actuado al Registro Civil Central competente para dictar resolución.

- El Encargado del Registro Civil Central, a la vista de las actuaciones recibidas, dictó acuerdo con fecha 30 de noviembre de 2001 por el que denegaba la práctica de las inscripciones de nacimiento y adopción solicitadas en tanto no se aportara a ese Registro Civil el certificado de idoneidad expedido por la Consejería correspondiente de la Comunidad Autónoma del domicilio del adoptante español, alegando que la idoneidad constituye un requisito esencial más que debe concurrir para el reconocimiento de eficacia en España de una adopción constituida en el extranjero conforme a una ley extranjera, cualquiera que sea ese país donde se constituya y no una norma relativa al procedimiento de adopción. Dicho requisito es exigible con independencia de que sea una sola persona o un matrimonio a favor de quien se constituya la adopción.
- Notificado el interesado, éste mediante comparecencia ante el Registro Civil de su domicilio, aportó escrito en el que se trasladaba consulta al Instituto Catalán de Acogimiento y Adopción de la Consellería de Justicia de la Generalitat de Cataluña, que manifestaba: igualmente que según el Código de familia de la República de Ucrania (constatado por los Tribunales de Ucrania competentes en adopción) no es necesario el certificado de idoneidad para la adopción de un hijo del cónyuge; el Código de familia de Cataluña en su artículo 120.3 y el Código Civil español en el artículo 176.2.2 nos hace clara referencia a este hecho donde literalmente puede no requerirse propuesta de certificado cuando en el adoptando concurre la circunstancia de ser hijo del consorte del adoptante.
- Don L.O. interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado, ordenando dicho centro directivo que se inscribiese el nacimiento y la adopción del menor.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Previamente a la resolución del recurso, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de que no procedía la inscripción en el Registro español de la adopción solicitada, hasta tanto no se declare la idoneidad del adoptante, requisito legalmente exigido por el artículo 9.5 del CC que establece, respecto de las adopciones internacionales, que para que sea eficaz en España una adopción constituida por autoridad extranjera, es requisito

imprescindible la declaración de idoneidad del adoptante emitida por la autoridad del lugar de residencia del mismo; en este precepto no se excluye de la necesidad de acreditar la idoneidad para el ejercicio de la patria potestad, aquellos supuestos en que el adoptado sea hijo del consorte del adoptante. Añadía que en el mismo sentido, se manifiesta el Derecho interno español y la legislación catalana sobre esta materia, señalando que en

la adopción se tendrá en cuenta el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes, para el ejercicio de la patria potestad y admite para el caso de adopción del hijo del consorte, que se inicie el expediente, sin la previa propuesta de la entidad pública, pero en todo caso el adoptante ha de ser idóneo.

Es objeto de este recurso determinar si en una adopción constituida ante autoridades extranjeras es necesario que concurra la declaración de idoneidad formulada por autoridad administrativa española en el caso de ser el adoptado hijo del consorte del adoptante español.

El auto del Juez Encargado y el Ministerio Fiscal en su informe son coincidentes en afirmar sobre la base del artículo 9.5 del Código civil la necesidad de la concurrencia de la idoneidad del adoptante para el reconocimiento de la eficacia en España de una adopción constituida en el extranjero. Ahora bien, esta solución, coincidente con una interpretación absolutamente literal del precepto invocado no puede ser admitida. Por el contrario una interpretación sistemática y congruente con la finalidad de la norma nos lleva a considerar innecesario, no el requisito de idoneidad, que siempre ha de concurrir, sino la declaración de idoneidad en su aspecto formal.

En efecto, el principio que siempre ha inspirado la regulación de la adopción y así se reitera en la última reforma llevada a cabo en la materia (cfr. Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996) ha sido el interés y protección del adoptado. Y es en ese marco de protección donde surge la figura de la idoneidad como medio de garantizar que el adoptante o adoptantes están

cualificados para el cuidado y educación del menor confiado a su cargo. Ahora bien, el propio legislador ha previsto unos supuestos en los que considera que ese interés está suficientemente protegido por la especial relación que une al adoptante y adoptado siendo uno de ellos, el caso que nos ocupa. Ciertamente ha de concurrir idoneidad en la persona del adoptante, pero en unos casos es necesario la instrucción de un expediente por parte de la autoridad administrativa competente para declararla y en otros (como cuando el adoptado es hijo del consorte del adoptante, o es huérfano y el adoptado es pariente en tercer grado del adoptante), la ley presume esa idoneidad, o no la considera necesaria (obviamente en el caso del adoptado mayor de edad). El tenor literal del precepto nos llevaría a un absurdo y a un grave conflicto en el supuesto de que a pesar de vivir como unidad familiar, no obtuviera el adoptante la idoneidad que le impediría relacionarse normalmente con el hijo de su consorte e infringir la obligación de vida en común de los esposos.

Ciertamente una norma de derecho internacional privado puede completar a una norma de derecho interno, pero su interpretación literal no puede llevar a resultados absurdos. Por todo ello la interpretación lógica y sistemática del artículo 9.5 del Código Civil es entender que no será reconocida en España la adopción constituida en el extranjero por adoptante español, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, siempre y cuando sea necesaria la intervención de dicha entidad para este fin, quedando excluidos por tanto aquellos casos en que la propia ley no hace necesaria la intervención de la autoridad administrativa.

- 1.2. *Aun tratándose de un hijo de madre casada, se inscribe como filiación no matrimonial paterna y materna reconocidas, porque en las diligencias comprobatorias de la calificación se ha llegado a la conclusión de que el nacimiento acaeció pasados trescientos días desde la separación de hecho de los cónyuges.*

RESOLUCIÓN de 18 de junio de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 22 de febrero de 2002, mediante comparecencia ante la Encargada del Registro Civil de L., doña R.-E., nacida en Guatemala, mayor de edad, de nacionalidad española, domiciliada en la localidad de L., casada desde el 15 de septiembre de 1999 con J.-G., domiciliado en Guatemala y de quien manifiesta estar separada de hecho desde el mes de diciembre de 2000, comenzando nueva convivencia con su actual pareja, don J.-A., solicitaba la inscripción de nacimiento el 19 de febrero de 2002 de su hija L.-T. en la forma manifestada en la declaración de nacimiento presentada. Acompaña la siguiente documentación: cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil, donde figuraba como filiación paterna la de J.-A.D.C., de estado civil casado y de nacionalidad colombiana; boletín estadístico del parto y volante de empadronamiento.
- El Encargado del Registro Civil de L., de conformidad con lo establecido por el artículo 28 de la LRC, dictó providencia dejando en suspenso por plazo de diez días la inscripción de nacimiento solicitada, ya que siendo el estado civil de la madre el de casada, no se había aportado prueba alguna de que ambos cónyuges se encontraran separados antes de los 300 días del nacimiento de la menor y al objeto de destruir la presunción establecida en el artículo 116 del CC; requiriendo a la madre para que presente dos testigos que acrediten los extremos expresados por la solicitante; al mismo tiempo se requiere a don J.A. para que comparezca ante ese Registro Civil, a fin de ser oído sobre los términos del cuestionario presentado ante ese Registro Civil.
- Realizada la prueba testifical, se presentaron tres testigos, quienes manifestaron que en el mes de diciembre de 2000 su marido no vivía con la interesada, no habiendo reanudado en ningún momento la convivencia, ya que ella convive de forma continuada con don J.-A. La Encargada del Registro Civil solicitó se notificara a don J.-G. para que en su calidad de esposo manifestara lo que tenga por conveniente sobre los datos mencionados en el

cuestionario para la declaración de nacimiento presentado en ese Registro Civil; al no constar dato alguno sobre el esposo, se requirió a la madre de la menor para que facilite su paradero; ésta manifestó que su marido viajó a Guatemala en diciembre del año 2000, no volviendo hasta el mes de febrero de 2001, cuando tramitaron la separación de mutuo acuerdo; volvió a Guatemala no volviendo a saber nada de él. Requerida nuevamente, manifestó que celebró su matrimonio el 15 de septiembre de 1999 en el Registro Civil de M., estando el libro de familia en posesión de su marido.

- Solicitado de oficio al Registro Civil único de M. la certificación literal del matrimonio de la solicitante, la Encargada del Registro Civil de L. dictó auto con fecha 18 de marzo de 2002, por el que acordaba la inscripción de nacimiento de la menor, nacida el día 19 de febrero de 2002 con el nombre de “L.-T.” consignándose los apellidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LRC, que serán “C.” y “O.”, como hija matrimonial de R.-E.O. y de J.-G.C., filiación determinada de conformidad con lo establecido en el artículo 116 del CC, alegando al respecto que no había podido ser oído el marido de la madre y las pruebas presentadas de la separación de hecho no son lo suficientemente explícitas, no habiendo quedado desvirtuada la presunción de paternidad del marido; añadía que siempre quedará a salvo que por la vía judicial oportuna puedan los legitimados al efecto impugnar la filiación paterna inscrita.
- Notificada la interesada, ésta, mediante comparecencia, interpuso recurso ante la DGRN, manifestando que ante la imposibilidad de viajar su marido a España, había remitido acta de las manifestaciones hechas ante Notario, donde declaraba que no convivía con doña R.-E.O. desde el mes de enero del 2000, teniendo conocimiento de que ella convivía con otra persona, de cuya unión había nacido una niña y cuya paternidad desconoce, renunciando a dar su apellido a dicha niña, por ser hija de su esposa y su nueva pareja. Adjuntaba el acta de manifestaciones aludida.
- La DGRN estimó el recurso y acordó la inscripción de la menor como hijo no matrimonial.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Cuando se intenta inscribir por declaración dentro de plazo el reconocimiento de la filiación no matrimonial otorgado por madre casada, así como, en su caso, el reconocimiento otorgado por varón distinto del marido, es necesario, como anticipó la Circular de 2 de junio de 1981 y ha recogido el actual artículo 185 del Reglamento del Registro Civil, que el Encargado realice no en un expedien-

te, sino en las diligencias comprobatorias de la declaración y en el plazo de diez días (cfr. art. 28 de la LRC), las comprobaciones necesarias, con audiencia, si es posible, de los cónyuges o de sus herederos, a fin de cerciorarse de que el nacimiento del hijo ha acaecido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, porque solo si estas comprobaciones demuestran

que no entra en juego la presunción de paternidad del marido es cuando puede inscribirse la filiación no matrimonial pretendida.

Del conjunto de las actuaciones, entre las que destacan las declaraciones de los testigos y de todos los implicados, incluida la última manifestación del marido de la madre, se deduce que la separación de hecho de los cónyuges se remonta, en el supuesto más desfavorable para los promotores, al mes de

febrero de 2001, mientras que el nacimiento de la hija acaeció el 19 de febrero de 2002, por lo tanto, transcurridos más de trescientos días desde aquella separación.

No hay, pues, obstáculos para inscribir la filiación no matrimonial paterna y materna pretendida, puesto que una y otra han sido reconocidas en una de las formas solemnes previstas y dentro del plazo para la declaración del nacimiento.

1.3. *Un reconocimiento de la paternidad no matrimonial por comparecencia ante el Encargado dentro del plazo para inscribir el nacimiento es inscribible sin otros requisitos, pero la madre, como así lo ha hecho, puede obtener la suspensión de la inscripción de la paternidad.*

RESOLUCIÓN de 10 de julio de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 13 de julio de 2001 mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil de A., don J.-R., mayor de edad, soltero y domiciliado en la localidad de A., reconocía expresamente como hijo no matrimonial suyo al hijo dado a luz, en el Hospital de V., el 7 de julio de 2001, por doña M.-I., con la cual había mantenido relaciones durante once meses y medio, manifestaba que concretamente comenzaron a salir el 14 de diciembre de 1999, hasta el 8 del mismo mes del año siguiente en que rompieron dichas relaciones, sabiendo desde el principio el embarazo de su novia; aunque ésta le manifestó en diversas ocasiones que no permitiría que reconociera al hijo que esperaba, y que llevaría únicamente los apellidos de ella, añadía que aunque había intentado ponerse en contacto con ella para conocer a su hijo, no le había sido posible. En posterior comparecencia el interesado aportó el domicilio de la madre del menor y los datos registrales de éste. Acompañaba certificación literal de nacimiento.
- El Encargado del Registro Civil de A. remitió al Registro Civil de V. testimonio del acta de reconocimiento efectuada por don J.-R. para que se notifique a doña M.-I., domiciliada en esa localidad, como madre del menor inscrito a fin de que haga las manifestaciones que a su derecho convengan, solicitando asimismo que aporte certificación literal de nacimiento de su hijo.
- El 22 de noviembre de 2001 compareció doña M.-I. ante el Encargado del Registro Civil de V., manifestando no estar conforme con el acta de recono-

cimiento de hijo efectuada por don J.-R., toda vez que no es cierto lo manifestado por él, añadiendo que dicho señor le dijo que ella podía seguir con el embarazo si encontraba trabajo pues de lo contrario tendría que abortar. Además ella se niega rotundamente a que reconozca a su hijo E. Acompaña el documento solicitado, donde figura el menor inscrito como E. del C.F. y G., como hijo no matrimonial y figurando como padre don E.-E. (a efectos del art. 191 del RRC).

- Recibidas en el Registro Civil de A. las manifestaciones de la madre del menor, el Encargado notificó al Ministerio Fiscal la incoación del expediente emitiendo informe no oponiéndose a lo pretendido por el promotor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 122 del CC y 188 del RRC.
- El Encargado del Registro Civil de A., con fecha 26 de febrero de 2002, dictó auto acordando se practicara la inscripción marginal de filiación paterna, en la página 145 del tomo 118 de la Sección 1.^a del Registro Civil de V., por la que se hiciera constar que el inscrito es hijo no matrimonial de don J.-R., nacido en A. el 22 de marzo de 1978, hijo de J.-R. y A., vecino de A., de estado civil soltero y de nacionalidad española, por lo que el inscrito pasaba a llamarse E. del C.G. y F., alegando que el interesado efectuó el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil (art. 120 del CC), dentro del plazo que para la inscripción de nacimiento señala la Ley del Registro Civil (párrafo 2.^o art. 124 del CC), y aunque la madre del menor manifestó oposición al reconocimiento y a lo interesado por éste en el presente expediente, el Ministerio Fiscal evacuó informe no oponiéndose a lo solicitado por el promotor (art. 182 del RRC).
- Doña M.-I. interpuso recurso ante la DGRN por el que solicitaba la suspensión o en su caso, la revocación o anulación del reconocimiento judicialmente acordado, alegando al respecto que a pesar de su oposición, cuyo consentimiento es requisito legal para proceder al reconocimiento unilateral e independiente ante el Registro Civil, al exigirse “el consentimiento del progenitor legalmente reconocido”, y cuya falta se ha obviado por la no oposición del Ministerio Fiscal y el acuerdo definitivo del Juzgador, añadía que su negativa al reconocimiento se debía a que el Sr. G. siempre había mantenido con ella una situación hostil utilizando toda clase de insultos vejatorios, lo que originó la ruptura de su relación, hecho que ocurrió antes de que él supiera su embarazo, suponiendo la recurrente que él habría conocido este hecho por comentarios de amigos, dando como respuesta a este conocimiento con unas manifestaciones ante la puerta de su casa, donde profiriendo toda clase de insultos, manifestó que lo había engañado durante meses y que él iba a exigir las pruebas de paternidad.
- El Ministerio Fiscal en la tramitación del recurso reiteró su informe favorable a la inscripción de la filiación paterna respecto del menor inscrito, considerando procedente la desestimación del recurso interpuesto contra el

auto de 26 de febrero de 2002, confirmando íntegramente el contenido del mismo por sus propios hechos y fundamentos, alegando que como se establece en el artículo 124.II del CC así como el artículo 188 del RRC no sería necesario el consentimiento expreso del representante legal del menor reconocido o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido, si el reconocimiento se hubiere efectuado dentro del plazo legalmente establecido; añadía que de las actuaciones se desprendía que el interesado había efectuado el reconocimiento dentro de dicho plazo legal, por lo que no resultaba necesario el consentimiento de progenitor legalmente conocido, como pretende la recurrente en su escrito.

- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se ha producido un reconocimiento de la paternidad no matrimonial por comparecencia ante el Encargado (cfr. art. 120.1.º del CC) dentro del plazo establecido para inscribir el nacimiento. Tal reconocimiento es inscribible, sin necesidad de otros requisitos, por aplicación de lo establecido en los artículos 124, II, del Código Civil y 188 del Reglamento del Registro Civil. Ahora bien, de acuerdo con el últimamente citado artículo del Código, “la inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente

al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

En el caso presente la madre en el recurso ha hecho uso de esta facultad de suspender la inscripción de la paternidad dentro del plazo previsto. Por lo tanto hay que estimar en este punto su recurso, sin perjuicio de que el padre en el procedimiento oportuno de jurisdicción voluntaria pueda solicitar la confirmación en la inscripción de paternidad.

1.4. *La adopción constituida en Ecuador es inscribible porque sus efectos se corresponden con la adopción española, habiéndose expedido además certificado de idoneidad expedido por la entidad española para los adoptantes españoles domiciliados en España.*

RESOLUCIÓN de 9 de septiembre de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado en el Registro Civil Central con fecha 23 de noviembre de 2001 don A.-A. nacido en G. (Ecuador) el 13 de julio de 1958, de nacionalidad española adquirida por residencia, y doña R., nacida en T. el

13 de enero de 1960, casados y residentes en M., solicitaban la inscripción del nacimiento fuera de plazo con marginal de adopción del menor P.-A., nacido en Ecuador el 9 de enero de 2001, adoptado por los promotores con fecha 2 de octubre de 2001 en Ecuador.

- El Encargado del Registro Civil Central solicitó del Cónsul General de España en Quito informe sobre si una adopción efectuada en ese país con fecha 2 de octubre de 2001 tiene los mismos efectos de una adopción realizada en España. Con fecha 8 de abril de 2002, la Embajada de España en Quito remitió copia de la normativa existente en Ecuador que regula la adopción en ese país. Incorporado dicho documento al expediente incoado, el Encargado del Registro Civil Central, con fecha 22 de abril de 2002, dictó acuerdo denegando la inscripción solicitada alegando que en la regulación existente en el Ecuador de la adopción, conforme a los arts. 343 y ss. de su Código civil, la adopción en dicho país no es equiparable a la adopción tal como aparece configurada por la legislación española, considerando que el adoptado continúa perteneciendo a su familia natural, donde conserva todos sus derechos (art. 343 del CC de Ecuador), no existiendo plena equiparación en los derechos que adquiere el adoptado en la familia adoptante (art. 343 referido a derechos hereditarios). Por lo expuesto, la adopción constituida en El Ecuador no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que detalla el artículo 1 de la LRC, debiendo por lo tanto obtenerse nueva resolución que pueda ser equiparada a la adopción española, o bien acudir a los Tribunales españoles a fin de que sea constituida la adopción en España.
- Los interesados interpusieron recurso ante la DGRN manifestando que si bien es cierto que el Código de Ecuador en sus arts. 332 y ss. habla de la adopción, dichos artículos habían sido derogados tácitamente por el Código de Menores vigente, aprobado el 16 de julio de 1992, donde en el párrafo 2.^o de su artículo final se establece que las disposiciones contenidas en esa normativa prevalecerán sobre las de otras leyes que se les opongan; añadía que el nuevo Código se halla en armonía con los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, adoptando como una de sus formas de filiación la adopción plena y declarando como objetivo fundamental de ésta el de dar al menor una familia permanente; por lo tanto, consideraban, que al haberse constituido la adopción de acuerdo con el Código de Menores ecuatoriano de 1992, ésta era plena (art. 104), por lo que se rompía con el vínculo de forma total y absoluta con su familia consanguínea, perdiendo el hijo todos sus derechos respecto de sus padres biológicos, pasando a formar parte de la familia adoptante a todos los efectos (art. 124 del Código de Menores), siendo, asimismo, un acto reconocido por el ordenamiento español y por lo tanto un acto inscribible dentro de los

detallados en el artículo I de la LRC. Acompañaban certificación del Tribunal de Menores de G. (Ecuador) debidamente legalizado por el Consulado de España en Ecuador, en el que se certifica que las adopciones que se conceden en ese país se rigen por el Código de Menores, Capítulo V, y que son de régimen pleno.

- De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal quien estimó el recurso revocando la resolución recurrida por cuanto había quedado acreditado que la adopción había sido constituida conforme a lo dispuesto por el Código de menores, y en base a ello, la adopción fue dictada en régimen pleno [art. 104.b)], asimilando al adoptado como hijo consanguíneo y se le desvincula de forma total y absoluta de su familia biológica (art. 124), afirmando que la adopción en Ecuador es equiparable a la española, debiendo por tanto ser inscrita.
- La DGRN estimó el recurso y acordó que se inscribiera la adopción.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El presente recurso versa sobre la posible inscripción en el Registro Civil Central de una adopción constituida en Ecuador el 2 de octubre de 2001 por un matrimonio español en favor de un menor de nacionalidad ecuatoriana nacido el 9 de enero de 2001. De ser posible la inscripción, ésta habría de practicarse al margen de la inscripción principal de nacimiento (cfr. art. 46 de la LRC), si hay título suficiente para practicar simultáneamente esta inscripción (cfr. arts. 23 de la LRC y 85 del RRC) o, en otro caso, al margen de la anotación soporte de nacimiento prevista por el artículo 154.1.º del Reglamento del Registro Civil.

No hay duda de que esta adopción se ha constituido ante la autoridad ecuatoriana competente en la forma establecida por la *lex loci* y que se ha aplicado la ley ecuatoriana del adoptando en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios (cfr. arts. 9.5 y 11 del CC). La cuestión se centra en realidad en determinar si es aplicable al caso la previsión, introducida en el mismo artículo 9.5 del Código civil por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en el sentido de que: “no será reconocida en España como adopción la

constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española”.

Si ya la simple aplicación del derecho extranjero plantea dificultades cuando se trata de acreditar su contenido y vigencia (cfr. art. 12.6 del CC), es evidente que la tarea es aún más delicada cuando no sólo hay que desentrañar el alcance de una institución extranjera sino que es necesario, además, efectuar una labor de comparación entre una determinada institución extranjera y la correlativa institución española. Esta labor requiere aquí confrontar si los efectos de la adopción ecuatoriana “se corresponden” con la adopción española, regulada por el Código Civil.

Del conocimiento que esta Dirección General tiene de la legislación de la República del Ecuador los rasgos fundamentales de estas adopciones española y ecuatoriana coinciden. En todo caso es una figura establecida en interés del menor que supone la integración de éste en la familia adoptiva, en la que queda asimilado a un hijo consanguíneo rompiéndose, con escasísimas excepciones (únicamente a efectos de impedimentos ma-

trimoniales) los vínculos jurídicos con la posible familia anterior por naturaleza del adoptado. Expresamente se señala en el artículo 124 del Código de Menores que el vínculo adoptivo pleno es irrevocable. También resulta de las actuaciones que actualmente las adopciones en Ecuador se dan siempre en régimen pleno. Habiéndose constituido la adopción conforme al citado

Código de menores de 7 de agosto de 1992 no hay duda en cuanto a la similitud de sus efectos con la adopción conforme al Código civil español.

Por lo demás se ha aportado el certificado de idoneidad de los adoptantes, requisito este necesario por estar domiciliados en España, cumpliéndose por tanto los requisitos exigidos en la ley española (cfr. art. 9.5 del CC).

2. NOMBRE Y APELLIDOS

2.1. *Es obligado para un menor de edad, adoptado sólo por una mujer, consignar de oficio un nombre propio de padre a los solos efectos identificadores.*

RESOLUCIÓN 9 de septiembre de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de Barcelona el 19 de febrero de 2002 doña María, soltera, mayor de edad, vecina de dicha localidad, solicitaba la cancelación de las inscripciones de nacimiento de sus hijos adoptivos Miquel y Marlen, nacidos el 22 de diciembre de 1994 y el 22 de noviembre de 1997, respectivamente, en Managua (Nicaragua) y la práctica de unas nuevas inscripciones en que no constase nombre del padre ni a efectos identificativos.
- Ratificada la promotora, el Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado al entender que la Instrucción de la DGRN de 15 de febrero de 1999 aunque se refería a un matrimonio adoptante no ponía impedimento en que se aplicase a los supuestos de un adoptante en solitario y el artículo 191 del RRC imponía que en las inscripciones de nacimiento de menores de edad constase el nombre del padre a los meros efectos identificativos.
- Dado traslado del informe del Ministerio Fiscal a la promotora, ésta desistió del expediente solicitando que las inscripciones quedasen como estaban porque ponerles un nombre de padre era estar engañando a sus hijos.
- El Fiscal interesó, de acuerdo con lo establecido en el artículo 191 del RRC, que en la inscripción de nacimiento del menor Miquel constase “Juan”

como nombre del padre a efectos identificativos que era el que constaba en el de su hermana Marlen, debiéndose actuar de oficio como establecía la Resolución de 30 de mayo de 2001 de la DGRN y por razones puramente fácticas puesto que era un engaño hacerles creer que no tenían un padre genético.

- La Juez Encargada dictó auto con fecha 15 de mayo de 2002, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, acordando la imposición de nombre de padre a los solos efectos identificativos en la inscripción de nacimiento de Miquel, pese a haberse opuesto la madre, debiendo constar “Juan” que era por el que había optado la promotora en la inscripción de nacimiento de su hermana Marlen.
- D.^a María interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se plantea en este recurso la posibilidad de suprimir y consignar, en unas inscripciones de nacimiento con marginal de adopción de unos menores y a petición de la madre adoptante soltera, el nombre del padre, impuesto a efectos meramente identificadores.

Como ha reiterado este Centro Directivo en las Resoluciones citadas en los vistos no constando la filiación del padre, es aplicable el artículo 191 del Reglamento del Registro Civil que impone al Encargado la obligación de hacer constar un nombre propio de padre de uso corriente con la indicación de que es a efectos puramente identificadores, siendo como queda dicho, una actuación de oficio por parte del Encargado, que tendrá en cuenta la voluntad de la interesada en cuanto el nombre a consignar, pero no en cuanto al hecho de consignarlo a lo cual está obligada en cualquier caso. Por otra parte no cabe desconocer que existe en nuestra sociedad una costumbre inveterada por la que las personas se identifican, entre otros datos, consignando los nombres propios de sus padres (véase el DNI), lo cual sería realmente perjudicial a los hijos de padres desconocidos o cuya filiación esta determinada solamente respecto de un progenitor, si en tal situación hubiera de quedar en blanco el recuadro correspondiente a los dos o a uno de los progenitores.

Para evitar esta consecuencia se redactó el artículo 191 del Reglamento, que ha sido reformado por el RD de 21 de mayo de 1993 que ha introducido un nuevo párrafo al artículo, con la finalidad de que la norma de protección prevista cese si el interesado al llegar a la mayoría de edad manifiesta su voluntad (nunca, pues, el representante legal del menor) de que se supriman los nombres de padre o madre a efectos identificadores. Por consiguiente la necesidad de protección que los poderes públicos tienen que observar respecto de los menores queda de esta manera perfectamente delimitada, ya que el menor, al llegar a la mayoría, puede, si lo quiere, prescindir de esa protección, por lo que, a mayor abundamiento, la interesada carece de legitimación para pedir la supresión que solicita.

Conviene recordar que el precepto reglamentario aplicado fue redactado recientemente (en 1993), y que su finalidad es evitar, sin atentar a la intimidad de persona alguna, discriminaciones por razón de nacimiento, dando un trato igualitario, en cuanto a sus menciones de identidad, a todos los hijos, por lo que, aparte del respeto profundo a cualquier opinión personal, ésta no puede servir de fundamento para modificar la aplicación de una norma.

3. MATRIMONIO

- 3.1. *Denegación de la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero entre cubana y español al deducirse del trámite de audiencia a los contrayentes que el matrimonio es nulo por simulación.*

RESOLUCIÓN de 11 de octubre de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Consulado General de España en La Habana el 14 de enero de 2002 D. Francisco, divorciado, español, nacido el 3 de septiembre de 1930 en Alicante, solicitaba la inscripción de su matrimonio con D.^a Janet, soltera, cubana, nacida el 16 de octubre de 1977 en La Habana-Cuba, celebrado el 7 de enero de 2002 en La Habana. Adjuntaba los siguientes documentos: certificación del matrimonio cuya inscripción solicitaba; respecto de él: certificación literal de nacimiento, sentencia de divorcio de matrimonio anterior y fe de vida y estado, y respecto de ella: certificación de nacimiento y fe de soltería.
- Ratificada la interesada, se celebró el trámite de audiencia reservada en el que declaró que tenía 24 años, estaba soltera y era ama de casa, su esposo tenía 71 años, estaba divorciado y trabajaba como mecánico dentista, no sabía dónde trabajaba, cuánto ganaba ni más datos personales de él, se conocieron en casa de una amiga de ella cubana a la que él le trajo unas medicinas que le enviaba un amigo, se vieron cinco días, él volvió a Cuba en abril de 2001 y en diciembre para contraer matrimonio, su esposo tenía una hija llamada Nicole que residía en Alemania y desconocía todos los datos personales de su actual esposo y lo relacionado a su entorno familiar. Por su parte, el contrayente declaró que tenía 70 años y estuvo casado anteriormente con otra ciudadana cubana de la que se divorció hacía cuatro o cinco años, trabajaba como protésico dental y tenía dos hijas, Nicole y Claudia, de 30 y 26 años con las que apenas se comunicaba, su esposa tenía 24 años, era soltera y no trabajaba, se conocieron en febrero de 1999 en casa del hermano de un amigo suyo cubano, estando ella allí cuando él fue a visitarle, su esposa se dedicaba a cuidar al hermano de su amigo muy anciano y se preocupaba mucho por él. La Canciller del Consulado, en funciones de Ministerio Fiscal, se opuso a la inscripción del matrimonio al considerar que parecía tratarse de un matrimonio de complacencia con la clara inten-

ción de la esposa de inscribir el matrimonio como medio para abandonar el país dado el desconocimiento de las señas de identidad significativas y de las respectivas circunstancias personales de ambos cónyuges. El Encargado del Registro Civil Consular dictó auto el 17 de junio de 2002 denegando la transcripción del matrimonio local por no existir consentimiento matrimonial real por parte de los cónyuges.

- Notificada la resolución a los interesados, D. Francisco presentó recurso ante la DGRN alegando que el auto se fundaba en una presunción sin asiento legal, sufría indefensión por no conocer el informe del Ministerio Fiscal, concurrían todos los requisitos y se habían cumplido todos los trámites procedimentales sin existir impedimentos para la celebración del matrimonio y el auto no tenía ninguna motivación.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1 del CC). Para evitar en la medida de lo posible la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, esta Dirección General dictó en su momento la Instrucción de 9 de enero de 1995, dirigida a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España o regularicen su estancia en ella por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

La Instrucción citada trata de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente (cfr. art. 246 del RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. arts. 56.1 del CC y 245 y 247 del RRC), entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma

extranjera permitida por la *lex loci*. El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales —sin excepción alguna para la celebración del matrimonio (cfr. art. 65 del CC) y esta comprobación, si el matrimonio consta por “certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración” (art. 256.3 del RRC), requiere que por medio de la calificación de ese documento y “de las declaraciones complementarias oportunas” se llegue a la convicción de que no hay dudas “de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española”. Así lo señala el artículo 256 del Reglamento, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los artículos 23.11 de la Ley y 85 de su Reglamento.

Esta extensión de las medidas tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de este Centro Directivo a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, debiendo denegarse la inscripción cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los pro-

prios interesados y por las demás pruebas presentadas, de los que sea razonable deducir según las reglas del criterio humano (cfr. art. 1.253 del CC) que el matrimonio es nulo por simulación.

En este caso concreto se trata de inscribir un matrimonio celebrado en Cuba el 7 de enero de 2002 entre un español y una cubana y en él hay los siguientes hechos objetivos comprobados: una notable diferencia de edad (él tiene 71 años y ella 24); ella no sabe en qué trabaja ni sus ingresos y desconoce las circunstancias personales y familiares de él; hay contradicciones en cuanto a cómo se conocieron y no hay pruebas de relaciones epistolares o telefónicas previas o posteriores al matrimonio.

De estos hechos comprobados es una deducción razonable y en modo alguno arbitra-

ria entender que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo han estimado el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal (art. 54 del RRC) y el Encargado del Registro Consular, los cuales por su inmediación a los hechos son quienes más fácilmente pueden apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos. Esta conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del artículo 257 del Reglamento del Registro Civil, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (cfr. art. 354 del RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del artículo 256 del Reglamento.

4. RÉGIMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

4.1. *No cabe anotar preventivamente el embargo acordado en un expediente administrativo de apremio sobre una finca cuya propiedad aparece inscrita a nombre del cónyuge del que figura como titular, por adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal en su día existente entre ellos, habida cuenta que del propio mandamiento resulta que la deuda apremiada corresponde a un período de tiempo en el transcurso del cual, precisamente, se produjo la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, y por otro lado porque no existe norma alguna que establezca la presunción de que las deudas contraídas durante la vigencia de aquélla sean a cargo de los bienes gananciales.*

RESOLUCIÓN de 18 de julio de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- En expediente administrativo de apremio seguido en la Unidad de Recaudación Ejecutiva número 4 de Cantabria de la Seguridad Social contra D. Gabriel por débitos del Régimen Especial de Autónomos, se dictó provi-

dencia de apremio el 21 de enero de 2000 y posteriormente se acordó el embargo como de su propiedad de una vivienda en el pueblo de San Román de Llanilla, Ayuntamiento de Santander, expidiéndose el oportuno mandamiento para su anotación.

- Presentado el citado mandamiento en el Registro de la Propiedad de Santander, número 2, fue calificado con la siguiente nota: “Denegada la anotación en el mandamiento precedente conforme al art. 20 de la Ley Hipotecaria y 114 de su Reglamento por resultar del examen del Registro que la finca a que el mismo se refiere, registral ...7 de la Sección 1.^a, B del Ayuntamiento de Santander, figura inscrita a favor de D.^a Ana María, con carácter privativo, según su inscripción segunda, al folio ...5 del Libro 1, por adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal formada con su esposo D. Gabriel, en virtud de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el 13 de agosto de 1999, ante el Notario de Santander D. Fernando A. del C.; siendo dicha fecha de 13 de agosto de 1999 anterior tanto a la fecha de la Providencia de apremio (21 de enero de 2000), como a la diligencia de embargo (6 de agosto de 2001).

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social interpuso recurso contra la anterior calificación el 28 de septiembre de 2001 que fue desestimado por la DGRN.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Alegaciones del Letrado de la Administración de la Seguridad Social que recurrió la calificación.

Que el Tribunal Supremo interpreta el art. 1.401 del Código Civil en el sentido de que “la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad limitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados... todo lo cual determina que, aun después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquella, tenían naturaleza ganancial” (sentencias de 20 de marzo y 27 de octubre de 1989, 15 de junio de 1992, etc.).

Que ninguna duda existe acerca del carácter ganancial de las deudas por cuotas a la

Seguridad Social, conforme al art. 1.362.4.^o del Código Civil.

Que, estando en presencia de deudas de carácter ganancial y contraídas por D. Gabriel durante la vigencia de la sociedad, se ha de procurar la preservación de los derechos de los acreedores (en este caso la Tesorería General de la Seguridad Social), por lo que de dichas deudas responden los bienes adjudicados a su consorte. Que la normativa no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, dado lo que dispone el art. 144 del Reglamento Hipotecario. Que, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1989 señala que “en garantía de los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales, la Ley faculta para perseguir los bienes que ostentaren tal natu-

raleza, aunque estén legalmente en poder y posesión de uno de los cónyuges como bienes privados en virtud de cambio de régimen económico matrimonial, es decir, aunque registralmente estén a nombre de la esposa y el deudor que los obligó fuera el esposo, posibilitando la anotación preventiva de embargo del art. 144 del Reglamento Hipotecario". Que de todo lo anterior se desprende que se debe permitir la anotación preventiva solicitada, pues trae su causa de deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales y ostentan a su vez el carácter de deudas de naturaleza ganancial.

Que a todo lo anterior se ha de añadir el carácter de autoridad que se atribuye a los recaudadores ejecutivos de la Seguridad Social (art. 130.2 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social).

2. Alegación del Registrador.

El Registrador en defensa de la nota, informó: Que tanto la providencia de apremio (21 de enero de 2000), como la de embargo (6 de mayo de 2001) y, por tanto, la subsiguiente diligencia, son de fecha muy posterior a la sentencia de divorcio (15 de marzo de 1999), a la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales (13 de agosto de 1999) y a la indicación de la misma en el Registro Civil (certificación de 27 de septiembre de 1999). Que conforme a las reiteradas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se considera correcta la denegación de la anotación del embargo por no haberse seguido el expediente con la titular registral y adjudicataria, D.^a Ana María (arts. 20 de la Ley Hipotecaria y 144 de su Reglamento), sin que del mandamiento resulte debidamente justificada la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo, máxime cuando el período de liquidación es prácticamente posterior a la disolución del matrimonio y, por tanto, a la anotación del régimen de gananciales (13

de marzo de 1999) (art. 95 del Código Civil). Que el mandamiento para producir efectos registrales, al igual que los judiciales, debe dimanar del procedimiento adecuado que, en este supuesto y dada la titularidad registral existente anterior a la ejecución, no es procedimiento ejecutivo por sí solo sin el previo procedimiento judicial de rectificación registral (arts. 18 y 40 de la Ley Hipotecaria, 99 y 100 del Reglamento Hipotecario).

3. Resolución de la DGRN.

Se plantea en el presente recurso una cuestión que ha sido abordada, con especial reiteración en los últimos tiempos, por esta Dirección General. Se trata de determinar si cabe anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad el embargo acordado en un expediente administrativo de apremio seguido contra determinada persona sobre una finca cuya propiedad aparece inscrita a nombre de su cónyuge por adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal en su día existente entre ellos, so pretexto de que la deuda cuyo pago se persigue fue contraída vigente aquélla.

La respuesta a tal pretensión ha sido también reiteradamente negativa. Al margen ya de que en este caso en concreto aquel argumento no puede sostenerse, al menos en su integridad, pues del propio mandamiento resulta que la deuda apremiada corresponde a un período de tiempo en el transcurso del cual, precisamente, se produjo la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, ha de recordarse que no existe norma alguna que establezca la presunción de que las deudas contraídas durante la vigencia de aquélla sean a cargo de los bienes gananciales. Es cierto que el legislador ha determinado una serie de cargas y obligaciones de la sociedad conyugal (cfr. arts. 1362 y siguientes del Código Civil), cuya responsabilidad no puede eludir el cambio de régimen (art. 1317) o su extinción, habida cuenta de las garantías de que gozan los acreedores en la liquidación (arts. 1398.1, 1399, y 1402) que de quebran-

tarse determinan la responsabilidad incluso del cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado (art. 1401).

En línea con estos postulados legales entiende el recurrente que subsiste esa responsabilidad porque la deuda en ejecución se encuadra entre aquellas que, conforme a lo dispuesto en el art. 1362.4 de aquel Código, son a cargo de los bienes gananciales sin que en su liquidación se hayan observado las debidas garantías para el derecho de la acreedora.

Ahora bien, dentro del estrecho margen de medios y objetivos en que se desenvuelve la calificación registral no puede apreciarse si ciertamente el crédito cuyo pago se persigue en el procedimiento en que se traba el embargo es de aquellos de los que han de responder los bienes gananciales, sea en aplicación del citado art. 1362.4.^º, sea del 1365.2.^º del Código Civil, ni si se da la circunstancia de que la esposa se hubiera opuesto al ejercicio de la actividad empresarial del esposo de la que derivase la responsabilidad directa de los bienes gananciales y así constase en el Registro Mercantil (cfr. arts. 6 a 10 del Código de Comercio), o si, frente a lo alegado por el recurrente, la liquidación de la sociedad conyugal se hizo con las debidas garantías cesando la responsabilidad del cónyuge no deudor. Incluso cabría

plantear si a esa liquidación no precedió una etapa de efectiva separación de los cónyuges y en tal situación no sería aplicable la doctrina del Tribunal Supremo sobre su alcance extintivo de la sociedad conyugal, de suerte que el mismo criterio restrictivo que mantiene sobre integración en su activo de los bienes adquiridos en esa etapa no podría aplicarse al pasivo, la imputación a su cargo de las deudas generadas en el mismo tiempo (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992 y 11 de octubre de 1999).

Todas estas cuestiones no pueden resolverse por una mera declaración unilateral en el expediente administrativo de la responsabilidad del bien otrora ganancial que permita entrar en juego a la regla 4.a) del art. 144 del Reglamento Hipotecario, sino que han de dilucidarse en el correspondiente procedimiento en el que necesariamente ha de ser parte el cónyuge adjudicatario y no deudor, intervención que no puede suplirse con la mera notificación de la existencia de la traba, pues ésta no satisface en tal caso las exigencias del tracto sucesivo registral (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria en relación con el 144.4 de su Reglamento) acorde con la garantía básica del derecho a la tutela judicial que proclama el art. 24 de la Constitución Española.

4.2. *Procedencia de la inscripción de una escritura de compraventa por la que unos cónyuges de nacionalidad extranjera adquieren un inmueble aun cuando no se manifieste ni se acredite cuál es el régimen económico matrimonial, bastando que en la inscripción se exprese únicamente que se realiza “con sujeción a su régimen matrimonial”.*

RESOLUCIÓN de 23 de noviembre de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 4 de abril de 2002, mediante escritura otorgada ante el Notario de Torrevieja, D. Miguel Ángel R.P., los cónyuges de nacionalidad noruega D. Lars

L. y D.^a Bjorg L. en régimen legal de su nacionalidad adquirieron determinada finca en pleno dominio con sujeción a su régimen matrimonial.

- Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Orihuela número 2, fue suspendida la inscripción por el defecto subsanable de indicar el régimen económico matrimonial de los compradores. En su nota señaló el registrador lo siguiente: “Los cónyuges D. Lars L. y D.^a Bjorg L., nacida B., compraron los dos en pleno dominio, con sujeción a su régimen matrimonial sin manifestarse cuál es el mencionado régimen matrimonial, no haciendo tampoco concreción alguna de qué origen tiene tal régimen, es decir, es extramatrimonial o conyugal, y en este supuesto es legal o convencional, lo cual puede condicionar la solución jurídica por lo que tiene su trascendencia. Pero aun admitiendo tratarse del régimen matrimonial supletorio, las normas conflictuales del Código Civil, art. 12.6, exigen que la persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la Ley española; que en el ámbito de las actuaciones registrales será la documental pública (arts. 3, 4 de la Ley Hipotecaria), aspecto que no se ha acreditado en modo alguno. Y lo que no procede en estos casos es aplicar las normas relativas al régimen supletorio de la sociedad de gananciales, ya que éste no es el legal ni tan siquiera para todos los españoles, y además conculcaría el art. 9.3 del Código Civil que exige aplicar a las relaciones patrimoniales de los cónyuges a falta o insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, la Ley de su nacionalidad, la cual no ha sido acreditada. Pero además, el art. 10.1 del Código Civil establece que la propiedad sobre bienes inmuebles así como su publicidad se registrarán por la Ley del lugar donde se hallen, se trata pues de una norma de carácter imperativo de orden público que reclama la aplicación de la *Lex rei sitae*, es decir, en este caso la ley española en las cuestiones relativas a titularidades jurídicas inmobiliarias y su publicidad en el Registro de la Propiedad. Y la Ley española, Código Civil, admite la titularidad jurídica en forma de Comunidad de bienes, así art. 392 y siguientes del Código Civil de tipo romano o por cuotas; admite también una sociedad de gananciales o comunidad tipo germánica sustancialmente diferente a la anterior, pues establece la solidaridad en la titularidad, además de todo un abanico de presunciones legales, que terminan configurándola como una comunidad de carácter excepcional. De suerte que las presunciones de su existencia sólo son aplicables para los españoles, y no todos, sino sólo las de vecindad común, y a falta de estipulaciones en contrario recogida en capitulaciones matrimoniales. Pues bien, dada la indeterminación del tipo de comunidad de bienes, a que se refiere la adquisición realizada en la escritura calificada, y dado que la comunidad de bienes está admitida en nuestro derecho, procede aplicar las normas generales puestas y considerar que es una comunidad *pro indiviso* que es la regla general, y en consecuencia aplicar la regla complementaria del art. 54 del Reglamento Hipotecario.

Considerar que es una sociedad de gananciales es contrario al art. 9, puntos 1 y 3 del Código Civil, dado que no consta que hayan estipulado en capitulaciones matrimoniales que su régimen sea el de gananciales español, pues esto comporta unas características singulares en procedimientos judiciales, notificación, embargo, etc., que sólo son predicables de la sociedad de gananciales española. Considerar que es una comunidad de bienes diferente a las señaladas produce indeterminación registral, ya que no se manifiesta cual es, y además no se acredita, para contrastar su legalidad conforme a la norma interna española (art. 10/1) de orden público”.

- El Notario interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Alegaciones del Notario recurrente.

Que en la comparecencia de los cónyuges se dice que lo son en régimen de su nacionalidad. Esta expresión quizás no es muy explícita, pero es la comúnmente utilizada en el caso de matrimonios extranjeros, reiterada en muchas escrituras y entendida como referente a “sujetos al régimen matrimonial legal supletorio de primer grado de su nacionalidad”.

Que no existe norma legal que exija que los cónyuges adquirentes deban acreditar en el momento de su adquisición cuál es ese régimen y el contenido del mismo a través de prueba documental pública. Que en el momento inicial de la adquisición los cónyuges cumplen indicando que están sujetos al régimen legal supletorio de su nacionalidad (art. 92 del Reglamento Hipotecario). Que la norma citada por el Registrador es de aplicación cuando en un momento posterior a la adquisición, alguno de los cónyuges alegase algún derecho concedido en su legislación e intentase ejercitarlo en España.

Que por ello no se tiene, en ningún caso, que reconducir el contenido de ese régimen a uno de los existentes en España. En este punto, la nota adolece de contradicción.

Que el art. 10.1 del Código Civil obliga a la aplicación del derecho español en las cuestiones relativas a las titularidades jurídi-

cas inmobiliarias y su publicidad, por lo que:

a) Será de aplicación el art. 92 del Reglamento Hipotecario. b) No deberán los cónyuges acreditar la clase y contenido en el momento de su adquisición, siendo ésta conforme “a su régimen matrimonial” y ello aunque sólo uno de los cónyuges sea el adquirente. c) Así practicada la inscripción tampoco se produce ningún inconveniente con el principio de especialidad ni con el de determinación.

Que, en conclusión, no es necesario que los compradores deban expresar en el momento de su adquisición la clase y el contenido de un régimen matrimonial ni tampoco fijar participaciones indivisas en su adquisición que sólo produciría un encarecimiento de los costes del documento.

2. Alegaciones del Registrador.

El Registrador en defensa de la nota, informó: Que al tratarse de un derecho extranjero no se debe aplicar automáticamente presunción o interpretaciones propias del derecho interno español. Que aun admitiendo tratarse de régimen matrimonial supletorio, las normas conflictuales del Código Civil (art. 12.6) exigen que las personas que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la Ley española; que el ámbito de las actuaciones será la documental pública (arts. 3 y 4 de la Ley Hipotecaria),

aspecto que no se ha acreditado en modo alguno. Que lo que no procede en estos casos es aplicar las normas relativas al régimen supletorio de la sociedad de gananciales, ya que este no es el legal ni tan siquiera para todos los españoles y, además, conculcaría el art. 9.3 del Código Civil que exige aplicar a las relaciones patrimoniales de los cónyuges a falta o insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, la ley de su nacionalidad, la cual no ha sido acreditada. Que, además, el art. 10.1 del Código Civil, establece que la propiedad sobre bienes inmuebles, así como su publicidad se regirán por la ley del lugar donde se hallen, se trata de una norma de carácter imperativo de orden público. Que dada la indeterminación del tipo de comunidad de bienes, a que se refiere la adquisición realizada en la escritura calificada, y dado que la comunidad de bienes está admitida en nuestro derecho, procede aplicar las normas generales y se considera que es una comunidad *pro indiviso* que es la regla general y en consecuencia aplicar la norma complementaria que es el art. 54 del Reglamento Hipotecario.

Que considerar que es una comunidad de bienes diferente a las de tipo romano o de tipo germánico produce indeterminación registral. Por tanto, inscribir tal y como pretende el recurrente supone crear indeterminación registral, planteando serios problemas

de seguridad jurídica. Que el art. 92 del Reglamento Hipotecario se ha de interpretar de armonía con el resto de la legislación, por lo que se hará constancia del régimen extranjero si se acreditara y la comunidad de bienes establecida fuera conforme a nuestro derecho interno (art. 10.1 del Código Civil).

3. Resolución de la DGRN.

El recurso ha de ser estimado. Si bien el Registro, con carácter general, debe expresar el régimen jurídico de lo que se adquiere, y, en este sentido, la regla 9.a) del art. 51 del Reglamento Hipotecario exige que se haga constar el régimen económico-matrimonial, la práctica y la doctrina de este Centro Directivo primero, y el Reglamento Hipotecario, desde la reforma de 1982, después, entendieron que lo más práctico, en el caso de cónyuges extranjeros, era no entender necesario expresar el régimen en la inscripción, difiriendo el problema para el momento de la enajenación posterior, pues dicha expresión de régimen podía obviarse si después la enajenación o el gravamen se hacía contando con el consentimiento de ambos (enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa). Por ello, el art. 92 del Reglamento Hipotecario se limita a exigir, en este caso, que se exprese en la inscripción que el bien se adquiere “con sujeción a su régimen matrimonial”.

4.3. *Denegación de la inscripción de atribución del uso de la vivienda familiar por no hallarse el inmueble a nombre del esposo, sino de un tercero que no ha sido parte en el procedimiento.*

RESOLUCIÓN de 28 de noviembre de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el procedimiento de separación seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Orihuela, a instancia de D.^a Almudena contra D. Giles, con fecha 20 de junio de 2001, fue dictada sentencia en la que se

acordó la separación de los citados cónyuges, declarando la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales y llevando a definitivas las medidas acordadas en el auto de fecha 5 de mayo de 2000, se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar a la esposa.

- Presentado en el Registro de la Propiedad de Orihuela número 1 el correspondiente mandamiento de 23 de noviembre de 2001, ordenando el cumplimiento de lo acordado en la sentencia citada, fue objeto de la siguiente calificación: “Denegada la inscripción del derecho de uso ordenada en el precedente mandamiento por el que el inmueble a que atañe figura inscrito a favor de D.^a Eleonor, persona distinta de actora, quien no ha presentado su consentimiento ni ha sido debidamente demandada, surgiendo así un obstáculo registral a que se refiere el art. 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en conexión con el art. 20 de la Ley Hipotecaria, ya que, de otro modo, se produciría su indefensión en el mismo Registro, resultado que prescribe el art. 24 de la Constitución Española.
- D.^a Almudena interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, que fue desestimado por la DGRN.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Alegaciones de la recurrente.

Que en el presente caso se trata de un derecho de uso sobre la vivienda que fue conyugal, acordado en procedimiento judicial contradictorio de separación matrimonial, acordado por Juez competente en sentencia que es firme y ordenado por mandamiento librado al Registrador de la Propiedad del correspondiente distrito hipotecario, conforme a lo establecido en los arts. 1, 2.2.^o y 3 de la Ley Hipotecaria.

Que el demandado es hijo de D.^a Eleonor, titular registral, al cual autorizó no sólo para el uso de la vivienda sino su demolición y construcción de otra de nueva planta costeada con dinero de la sociedad de gananciales y privativo de la esposa e incluso comenzó a abonar parte del precio acordado sobre la parcela en la que se asienta dicha vivienda; por tanto, se trata de verdaderos derechos adquiridos, autorizados y convenidos con la titular registral. Que la atribución del uso de la vivienda conyugal a favor de la deman-

dante y del hijo habido durante el matrimonio, fue acordada de conformidad con el art. 96 del Código Civil por el Juez competente. Que por otra parte no se produce indefensión alguna de la titular registral, ya que no se discute su dominio.

Que con la inscripción del derecho de uso conferido se pretende salvaguardar a la usuaria de posibles perturbaciones que un tercero pueda provocar al amparo del art. 34 de la Ley Hipotecaria.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que sujetas a la calificación registral las resoluciones judiciales (art. 100 del Reglamento Hipotecario y Resoluciones de 12 de marzo de 1999), estas han de ser congruentes y no debe existir obstáculo en el Registro. Que no existe congruencia si en el procedimiento judicial de que se trata no ha tenido la intervención necesaria el titular registral, porque no pueden

extenderse las consecuencias de un proceso a quienes no han sido partes en él, ni han intervenido en manera alguna, lo que en el ámbito registral determina la imposibilidad de extender asientos que menoscaben una titularidad inscrita, si no consta que dicho titular ha otorgado el título en cuya virtud se solicita el asiento o ha sido parte en el procedimiento correspondiente. De lo contrario, la resolución judicial sería incongruente y además se estaría en presencia de un obstáculo surgido del Registro.

Que las consideraciones anteriores constituyen el trasunto de la doctrina que, con carácter general, emana de las Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre esta materia. Así cabe citar la Resolución de 19 de enero de 1993, 25 de febrero de 1994, 17 de noviembre de 1999, 18 de febrero y 6 de junio de 2000 (en materia de anotaciones de demanda); 17 de febrero de 1993 y 26 de marzo de 1998 (anotaciones de embargo); Resoluciones de 12 de febrero de 1998, 19 de julio de 2000 y, por todas, 20 de junio de 2001. Que la Resolución de 25 de junio de 1998 se pronuncia en un caso idéntico al que motiva el presente recurso.

Que se sacan a colación una serie de derechos y obligaciones convenidos por las partes como plataforma legitimadora de la atribución del uso de la vivienda familiar a la demandante, se considera que no es el recur-

so gubernativo el marco adecuado para sopesar este tipo de razonamientos que, por otra parte, tampoco se acreditan ni se aportan documentalmente al tiempo de presentarse el mandamiento judicial. Que son cuestiones que tienen que ser decididas, como dijo la Resolución de 17 de febrero de 1993, en juicio entablado personalmente contra la titular registral y en el que éste tenga posibilidad de defenderse.

3. Resolución de la DGRN.

En el presente recurso en el que se pretende la inscripción del derecho de uso acordado en sentencia firme de separación conyugal, a favor de la esposa sobre determinado inmueble no inscrito a nombre del esposo demandado, sino de un tercero que no interviene en el procedimiento, ha de confirmarse el criterio denegatorio del Registrador, basado en la falta de tracto, pues de otro modo se quebrantaría el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de derechos, e intereses legítimos y proscripción de la indefensión, así como los principios registrales de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales (cfr. arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), de legitimación (cfr. art. 38 de la Ley Hipotecaria), y tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria), los cuales impiden inscribir un título no otorgado por el titular o resultante de un procedimiento en el que no ha sido parte.

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 48, 47008 VALLADOLID; LA DIRECCIÓN DE LA REVISTA SE RESERVA EL DERECHO A EDITAR LAS CARTAS POR RAZONES DE ESPACIO Y CLARIDAD.

EL PRINCIPIO DE PRUEBA EN LOS JUICIOS SOBRE FILIACIÓN

Carmen García Poveda.

Oficial de la Administración de Justicia.

Licenciada en Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

La inclusión en nuestro Derecho del principio de libre investigación de la paternidad tras la entrada en vigor de la Constitución y la reforma del Código Civil de 1981, no podía desconocer el hecho de que la misma podría ser utilizada con el fin de practicar la coacción y el chantaje, así como las molestias y el ataque a la paz familiar que supone la admisión de demandas totalmente infundadas⁽¹⁾ y temerarias. Esta cautela totalmente justificada para la doctrina y recogida, con mayor o menor exigencia, en el Derecho comparado⁽²⁾, se introdujo, también en nuestro ordenamiento a través del artículo 127.2 del Código

(1) RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La Filiación”, en *Nuevo Derecho de Familia*, II, *Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, 1981, 1.ª edición, Civitas, Madrid, pp. 39 y ss.

(2) En Derecho suizo se introdujo por vía jurisprudencial en los años treinta, y de allí pasó a algún ordenamiento de su influencia; en otros, como el italiano, legalmente (artículo 241 del CC).

Civil, si bien el fundamento no puede decirse que se halle en la protección de la familia legítima o de la paz familiar sino en la tutela del derecho a la intimidad del individuo y de la familia (derecho fundamental reconocido en el artículo 18 de la CE). Ésta es la base del llamado principio de prueba que recogía el derogado artículo 127.2 del Código Civil, concepción que es trasladada al artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (en lo sucesivo LEC). El nuevo artículo no supone modificación alguna, por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia anterior continuará perfectamente en vigor.

La primera cuestión que debemos plantearnos es **¿qué entendemos por principio de prueba?** Puede decirse que el principio de prueba en juicios sobre filiación es la aportación, junto con la demanda, de los “principales” hechos o indicios de los que pueda derivar la filiación. Se trata por tanto de una fiscalización previa de la demanda, en orden a evitar demandas infundadas. El legislador ha dado carta blanca al juez para que decida, según las reglas de la sana crítica, si los hechos alegados están suficientemente establecidos.

II. FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN

El fundamento hay que buscarlo en la mentalidad del legislador de 1981, el cual ante los riesgos que comportaba la instauración de un sistema permisivo de absoluta libertad investigadora que puede generar pleitos arbitrarios, abusivos y carentes de toda base fáctica sustentadora, estableció una traba precautoria al condicionar la admisibilidad de la demanda, en que se ejercite una acción de filiación, a la presentación con la misma de “un principio de prueba de los hechos en que se funde” (art. 127.2 del CC⁽³⁾, recogido ahora en el art. 767.1 de la LEC).

La implantación de tal “garantía procesal” (STS de 23 de octubre de 1993) o presupuesto de procedibilidad no trata de restringir el principio constitucional (art. 39.2 de la CE) y legal (art. 127.2) y ahora procedimental (art. 767.1 de la LEC) de libre investigación de la verdadera filiación. Pretende preservar la intimidad personal y familiar y asegurar la seriedad de las acciones ante las graves y delicadas consecuencias de un proceso investigador, evitar la iniciación de litigios temerarios o abusivos, impidiendo que personas desaprensivas y escasamente escrupulosas puedan originar, de manera artificial y sin un mínimo fundamento real, procesos de filiación gratuitos e injustificados, propiciadores de extorsiones y generadores de innecesarias molestias y perturbaciones.

Para limitar los posibles y previsibles abusos y ajustar la libertad investigadora a cauces de razonable utilización, el Código Civil exigió *ab initio* y ahora

⁽³⁾ La Compilación Navarra desde su reforma por Ley foral 5/ 1987, de 1 de abril (Ley 70.1.º).

así lo hace el art. 767.1 Ley 1/2000 un principio probatorio que ofrezca base suficiente para entender justificada *prima facie* la seriedad de la pretensión procesal, un *fumus boni iuris* que confiera a la demanda apariencia de probable verosimilitud y que permita descartar *a limine litis* la idea de temeridad en el ejercicio de la acción. El denominado principio de prueba opera como barrera frente a demandas frívolas, torticeras y abusivas.

La STS de 23 de octubre de 1993, exponente de la doctrina jurisprudencial sobre el fundamento de la garantía procesal analizada, señala que “la exigencia que figura en el párrafo 2 del art. 127 del CC, para admitir a trámite las demandas sobre filiación, tiene su justificación en la necesidad de poner unos límites para impedir la presentación injustificada de demandas temerarias, o totalmente infundadas, creando procesos que puedan originar problemas a personas o familias, e incluso dar lugar a coacciones o chantajes”.

El derogado art. 127.2 mereció críticas dispares. En los debates parlamentarios, se afirmó que la imprecisión de tal norma provocaría interpretaciones divergentes contrarias a la seguridad jurídica. En la doctrina científica, unos autores han considerado más correcto no imponer cortapisas a la investigación de la paternidad y sí adoptar cautelas penales frente a su abusiva utilización (HERRERA CAMPOS); otros han mostrado sus recelos y suspicacias frente a una norma que conculca el principio de libre acceso judicial, y han puesto de manifiesto los riesgos que comporta el “prudente arbitrio judicial”; la mayoría, como RIVERO HERNÁNDEZ, otorgan su confianza al juego y trascendencia que pueda ofrecer dicha norma como “criba y selección de procesos”, y acepta como mal menor los riesgos que comporta.

No han faltado quienes invocaron la posible inconstitucionalidad de dicha norma, al suponer un obstáculo al derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, produciendo, o pudiendo producir, indefensión (art. 24.1 CE). Este criterio es bastante débil. En primer lugar, porque la inadmisión de la demanda por no acompañarse un principio de prueba no imposibilita que se pueda presentar de nuevo acompañándola con un principio suficiente de prueba. Además, en última instancia, sería una cuestión de responsabilidad del juez que rechaza la demanda. En segundo lugar, porque en cualquier juicio sobre filiación incide en alguna medida en derechos fundamentales de las personas (intimidad personal y familiar), y el principio de libertad de investigación no es, en sí mismo, un derecho fundamental, aunque es innegable la influencia directa de determinados derechos fundamentales en tal principio, como el derecho a la integridad moral, el derecho a la intimidad personal y familiar. Ante un posible conflicto de intereses los derechos fundamentales indicados anteriormente y el principio de libre investigación de la paternidad, debe ceder éste.

MARTÍNEZ CALCERRADA considera que, en un ajustado entendimiento, el precepto legal es “un instrumento previsor frente a insólitas demandas instadas por sentimientos personales o deleznales, pero nunca puede funcionar como freno ante legítimas situaciones cuya única solución es su constatación judicial en el proceso correspondiente”. En contra de tal criterio se muestra CARBAJO GONZÁLEZ ⁽⁴⁾.

En este punto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de indicar que el filtro exigido al juez, no contradice lo establecido en el artículo 39.2 de la CE y así lo ha hecho entre otras en la STC de 17 de enero de 1994, de manera acorde con lo manifestado por el Tribunal Supremo en Sentencias de 19 de enero y de 3 de diciembre de 1991 y de 7 de octubre de 1995 entre otras.

III. NATURALEZA JURÍDICA

En este punto, era unánime la jurisprudencia al proclamar su carácter de norma procesal, a pesar de su anterior inclusión formal en el Código Civil. Buena prueba de ello es el traslado de esta norma a la nueva LEC art. 768.1. Este precepto que recoge el contenido del derogado artículo 127.2 del Código Civil, así como un reconocimiento legislativo expreso de la doctrina de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que venía reputando dicho precepto (art. 127.2 del CC) como de derecho procesal (SSTS de 21 de diciembre de 1989, de 19 de enero de 1990 y de 23 de octubre de 1993, 21 de diciembre de 1994, 16 de enero de 1999 y 5 de octubre de 1990) y no sustantivo, consideración no baladí ⁽⁵⁾ al tener su incidencia en el ámbito del derecho foral, pues ya no ofrece duda la necesidad de dar cumplimiento al precepto antes indicado, aun cuando la legislación autonómica no contuviere un precepto similar al derogado artículo 127, como sucedía en la anterior Ley de Filiación de Cataluña 7/1991 de 27 de abril, como el actual Código de Familia de 15 de julio de 1998, que había motivado que, en dicho ámbito territorial, no se exigiese tal “principio de prueba”, a la hora de promover la demanda.

⁽⁴⁾ CARBAJO GONZÁLEZ, *Las acciones de reclamación de filiación*, Barcelona, 1989, p. 111, se muestra contrario a tal criterio porque: a) en nuestro Derecho procesal la demanda únicamente debe reunir, para ser admitida los requisitos del artículo 524 de la LEC; b) en el Derecho foral de Cataluña, sin ese requisito, no se han producido demandas infundadas, ni intentos de chantaje; c) deja en situación de indefensión a quienes no puedan aportarlas.

⁽⁵⁾ SEOANE SPIEGELBERG, J. L., “Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad en la LEC 1/2000”, *Revista Sepin Familia*, julio-agosto de 2002, n.º 13, p. 51.

En contra de dicha opinión RIVERO HERNÁNDEZ ⁽⁶⁾ indica que la LEC se ha dictado al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al art. 149.1.6.^a de la Constitución, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en ese orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas (DA 1.^a de la LEC de 2000). Es pues, Ley de aplicación general en tanto el Parlamento de Cataluña no haya dictado normas procesales específicas y relacionadas con las particularidades del Derecho catalán sobre filiación. Todo ello, sigue diciendo, en el estricto ámbito procesal, pues en cuanto a normas de Derecho sustantivo —la disposición transitoria hace esta distinción— sobre filiación es evidente que son de la exclusiva competencia del Parlamento catalán y nada puede decir ni regular una ley estatal, procesal ni material (art. 149.1.8.^a de la CE).

Indica que el problema fundamental radica en determinar qué normas de la LEC pueden ser aplicables en Cataluña, para lo cual han de quedar comprendidas dentro de estas dos coordenadas: a) que afecten a cuestiones estrictamente procesales relativas al ejercicio de las acciones de filiación del Código de Familia; y b) que se refieran a cuestiones o extremos que, además de procesales, pudo regular y no ha regulado el Parlamento de Cataluña al amparo del art. 149.1.6. *in fine* de la CE ⁽⁷⁾. Argumenta el citado autor que el mero silencio actual del legislador que no exige ese principio de prueba, interpretado en el contexto del principio de libre investigación de la paternidad, más el dato de

⁽⁶⁾ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, en *Revista Jurídica de Cataluña* 4/2000, p. 29. Mas para el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (S.TSJC de 19 de junio de 1997) dicho artículo no era aplicable en Cataluña por no estar recogido en la Ley (la Ley de Filiación de 1991) —autónoma y suficiente— y “ser opuesto a los principios generales del ordenamiento jurídico catalán”; en idénticos términos las de 27 de julio de 1998 y 31 de enero de 2000. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Cuestiones procesales en el ejercicio de las acciones de filiación” en *Tribunales de Justicia* 2000/12, p. 1327, opina que se trata de una interpretación “singular”, pues la especialidad procesal consistirá en la no aplicación de una norma procesal común; ocurre sin embargo que esta interpretación se ve facilitada por el hecho de que fuera formalmente una norma contenida en un texto civil sustantivo (...) lo cierto es que dada la interpretación flexible que ha recibido el precepto, serían casi equivalentes las consecuencias prácticas de entenderlo aplicables o no. Blanca SILLERO CROVETTO y Carmen ASENSIO SÁNCHEZ, *Revista de Actualidad Civil*, número 45, 7 al 13 de diciembre de 1998, p. 1.117, manifiestan que no existe obligación legal de aplicar la norma del art. 127.2 del CC, porque: No viene establecida en el articulado de la Ley 7/91; No es acorde con su tradición jurídica en que dicho obstáculo no existía; no puede por tanto predicarse el carácter supletorio de tal norma ante el silencio de la Ley. Esta interpretación está más ajustada al derecho a la tutela judicial efectiva *ex* art. 24.1 de la CE.

⁽⁷⁾ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Incidencia de la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 7 de enero de 2000 en el ejercicio procesal de las acciones de filiación”, *Revista Jurídica de Cataluña* 4/2000.

que no prosperara la enmienda legislativa de introducir ese requisito de procedibilidad⁽⁸⁾, pueden ser argumentos eficaces en el sentido de una clara voluntad del legislador contrario a esa norma y, en consecuencia, de su no exigencia y de no aplicación del precepto indicado, máxime en un sistema jurídico al que ha sido siempre ajeno dicho requisito. Por tanto, no necesita de heterointegración (sólo posible en caso de verdaderas lagunas), apelando a un ordenamiento distinto o de derecho supletorio.

De su naturaleza jurídico procesal se derivan importantes consecuencias jurídicas: En primer lugar, que su infracción, llegado el momento, habrá de producirse por los cauces del recurso extraordinario por infracción procesal, y no por los del recurso de casación⁽⁹⁾. Su condición de norma procesal hace también que su infracción deba ser denunciada por las partes a lo largo de la instancia en cuanto la adviertan, si no quieren que el supuesto vicio se entienda consentido y quede frustrada su virtualidad impugnativa en apelación o en vía de recurso extraordinario, art. 469.2 de la LEC⁽¹⁰⁾. En cuanto al momento para que el demandado, presumiblemente única parte interesada en ello denuncie la ausencia del principio de prueba, se sugirieron por la jurisprudencia varias vías y momentos. Así, en alguna ocasión se apuntó la posibilidad de que el demandado, al comparecer, y antes incluso de contestar a la demanda, recurra en reposición la providencia por la que se admitió a trámite la demanda.

En este sentido se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1989 y 16 de enero de 1999. Y en otras resoluciones, se ha pronunciado en el sentido de que el vicio se denuncie en la contestación a la demanda y se debata y decida sobre él en la comparecencia previa así en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 1996 y 28 de diciembre de 1998. Con la entrada en vigor de la LEC. Entiendo que esta infracción deberá denunciarse en el acto del *juicio verbal* (art. 443).

(8) En la etapa parlamentaria del Código de Familia, en la enmienda número 3666 al Proyecto del GP Iniciativa per Catalunya-Els Verds (IC-EV) se proponía adicionar al art. 98 un segundo párrafo: “En tot cas el jutge no admetrà la demanda si no es presenta un principi de prova del fets en que es fodaementi”. Párrafo prácticamente idéntico al derogado art. 127.2 y a la norma ahora cuestionada. Dicha enmienda no prosperó, acertadamente, en opinión de RIVERO HERNÁNDEZ, *Revista Jurídica de Catalunya* 4/2000, p. 29.

(9) GASCÓN INCHAUSTI, *op. cit.*, p. 1.325. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC, la ausencia de este principio de prueba, dado el caso, debería denunciarse en casación por la vía del motivo 3.º del art. 1.692 de la LEC de 1881, y no por la del motivo 4.º (ATS de 10 de noviembre de 1998; SSTs de 19 de enero de 1990, 28 de diciembre de 1994, 16 de enero de 1999, 5 de octubre de 1990).

(10) Art. 1.693 de la LEC de 1881.

Por otra parte, su condición de norma procesal conduce a que la alegación de su infracción sólo pueda fundar el éxito de un recurso extraordinario por infracción procesal, si el recurrente acredita la posibilidad de que se hubiere producido indefensión (art. 469.1.3.º de la LEC)⁽¹¹⁾. Hay que indicar en este punto que el Tribunal Supremo se ha mostrado muy reacio a reconocer que la admisión a trámite de una demanda de filiación no acompañada de un principio de prueba pueda causar indefensión alguna, pues tal vicio no afecta a las posibilidades de alegación y defensa del demandado a lo largo del proceso. En esta línea las SSTs de 23 de octubre de 1990, 21 de diciembre de 1994 (alegada la infracción del art. 127.2 del Código Civil, se razonaba para desestimar el recurso, que, dada la naturaleza del precepto, “será preciso demostrar que la falta procesal había producido indefensión”, señalando que: “... cualquiera que fuera la benevolencia del legislador al permitir que la demanda pasara el tamiz de admisión provisto por el legislador para evitar irreflexivas incoaciones de procesos, es lo cierto que el demandado tuvo la oportunidad y utilizó cuantas defensas estimó oportunas y la propia realidad de los hechos probados demuestra la justicia de la demanda y su admisión”) y la de 21 de diciembre de 1994.

Con cierta frecuencia, se ha alegado por los demandados que la admisión de la demanda sin que ésta fuera acompañada de un principio de prueba los coloca en posición de indefensión, en la medida en que puede derivarse algo análogo a una inversión de la carga de la prueba. Según este razonamiento —que es el que suele aducirse por los recurrentes en casación—, la admisión a trámite de la demanda puede equipararse a la estimación, por parte del juzgado, de una especie de “presunción” favorable al actor, que arroja sobre el demandado la carga de probar la existencia del hecho constitutivo de la generación, ahora bien, para obtener esa inversión de la carga probatoria, el demandante debe aportar con su demanda un principio de prueba. Por eso, cuando no lo hace y, a pesar de todo se admite la demanda, se estaría produciendo el efecto antes descrito sin que el acto hubiera desplegado la actividad necesaria para beneficiarse de él y esto, quiérase o no, crea un desequilibrio que raya la indefensión del demandado. El Tribunal Supremo ha negado categóricamente la validez de dicha argumentación: porque como ya se ha dicho, la finalidad del principio de prueba es asegurar la seriedad de las demandas, y no fundar inversión de la carga probatoria alguna que beneficie al actor, quien por lo tanto, no queda exento a lo largo del proceso, de probar cumplidamente los hechos constitutivos de su pretensión. En este sentido se han pronunciado el ATS de 6 de octubre de 1993 o el de 28 de abril de 1994.

(11) *Ex* artículo 1.692, 3.º de la LEC de 1881.

IV. SIGNIFICADO Y ALCANCE

La Ley no exige que queden probados con la demanda los acaecimientos básicos integrantes de la *causa petendi*; se contenta con que al Juez se le muestre la verosimilitud del hecho fundamentador de la acción ejercitada, y así obtenga, al tiempo de formulación de la demanda y a modo de control preliminar, una verificación sumaria y provisional, una primera impresión de razonabilidad.

No se trata, escribe O'CALLAGHAN, de una prueba plena sino de una *semiplena probatio*⁽¹²⁾, que suponga una mínima acreditación de los hechos, idóneos para convencer de que la demanda se interpone con una base de credibilidad, no debiendo acreditarse tal certeza, sino sólo la mera probabilidad. La doctrina ha criticado la discrecionalidad que se concede al juez en esta materia, por poderse caer en el libre arbitrio judicial⁽¹³⁾, si bien hay que indicar, que contra la admisión indebida, caben todos los recursos existentes en Derecho, incluido el de casación, ya que afecta a las garantías procesales, siempre que la parte demandada haya usado de los recursos previos, y formulado las oportunas protestas para evitar que se rechace su motivo como cuestión nueva.

Un importante sector doctrinal, al igual que alguna sentencia de nuestro TS, entiende que debe prevalecer fundamentalmente el interés del hijo, y por ello, en caso de duda debe admitirse la demanda. Algunos llegan más lejos, al manifestar que el principio de prueba conculca el principio de libre investigación de la paternidad produciendo indefensión a la parte que no puede alegar un principio de prueba⁽¹⁴⁾. Por el contrario, otro sector doctrinal entre los que podemos mencionar a DE LA CÁMARA ALVÁREZ y a CUADRADO IGLESIAS sostiene una postura contraria, indicando que lo que se pretende es una libre investigación, pero no injustificada. HERRERA CAMPOS⁽¹⁵⁾ establece, como solución al problema, la posibilidad de tipificar como delito en una ley civil especial, la atribución indebida de paternidad, ya que con ello se evitarían *ab initio* las demandas abusivas e injustificadas, no limitando el principio de

(12) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Investigación de la paternidad. Acciones de filiación. Acción de investigación de paternidad. Prueba biológica", Ed. Actualidad Editorial, 1994, p. 72.

(13) Ver la exposición que, sobre el tema hace ÁLVAREZ GARCÍA, M.C., *Determinación judicial de la filiación*, p. 127 y ss.

(14) CARBAJO GONZÁLEZ, J., *Las acciones de reclamación de la filiación*, Barcelona, 1989, p. 118.

(15) HERRERA CAMPOS, R., citado por CORDERO CUTILLAS, *La impugnación de la paternidad matrimonial*, Colección "Estudios jurídicos", núm. 6, p. 76.

libre investigación. Opinión que es compartida por CORDERO CUTILLAS⁽¹⁶⁾. No comparte dicha opinión FÁBREGA RUIZ⁽¹⁷⁾.

Pasando a determinar las principales notas definitorias de este “principio de prueba” podemos destacar:

1. Debe acompañarse necesariamente con el escrito de demanda, y debe cumplir la función que se le asigna sin ningún otro trámite complementario. La verosimilitud de los hechos básicos narrados en la demanda no puede obtenerse por medio de sumaria información de testigos; no cabe una fase previa para su práctica, como sucede en el Código italiano o en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil con los interdictos posesorios.

2. Es presupuesto imprescindible para la admisión judicial de la demanda. El Juzgador, destinatario de la norma, no puede dispensar al actor de que lo acompañe con el escrito inicial.

3. Si ha de presentarse con la demanda, sólo la prueba preconstituida y documentada resulta funcionalmente idónea. No es, sin embargo, necesario que se trate de documento escrito, el precepto no lo exige expresamente, y por lo tanto se deduce que no es vital la misma. Además hay que tener presente que si el fin es convencer al Juez sobre el fundamento de la demanda, nada impide que se pueda llegar al mismo objetivo, a través de medios no documentales, pues de ser así la Ley lo hubiera exigido expresamente como acontece en el art. 1248 del CC, relativo a la prueba de testigos. Ha de tratarse de un documento, entendido en sentido amplio como toda manifestación de pensamiento plasmada en material adecuado. En consecuencia, basta con que se aporte un objeto con virtualidad representativa: fotografías, películas, grabaciones audiovisuales en soportes electromagnéticos, declaraciones recogidas en actas notariales o hechas en forma fehaciente, etc. Incluso, como señala TOMÉ PAULE es viable la confesión del propio demandado obtenida al amparo del art. 497 de la LEC de 1881. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS manifestaba que dicho principio de prueba ha de ser documental, en tanto que ha de acompañarse a la demanda,

(16) CORDERO CUTILLAS, I., *La impugnación de la paternidad matrimonial*, op. cit., p. 76.

(17) FÁBREGA RUIZ, C.F., en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, Fascículo II, abril-junio de 1998, pág. 658: “...El derecho Penal no debe nunca perder su carácter de ‘última ratio’ y en tanto existan medios civiles para resolver los problemas jurídicos y sociales, deben utilizarse éstos y no crear nuevos medios penales de coerción. Tampoco creemos que la exigencia de principio de prueba suponga una limitación insalvable, teniendo en cuenta la aplicación que los Tribunales están haciendo de la misma. Creemos que serán pocos los que en estas condiciones no puedan ofrecer dicho principio, si bien tampoco somos partidarios de una total espiritualización del mismo”.

pero “nada exige la ley, por lo que el contenido puede consistir en cualquiera de las pruebas admisibles (confesión o reconocimientos, documentales, testigos, dictámenes periciales). No requiere que la prueba presentada sea, por su fuerza, de convicción plena; basta que en ella se manifiesten indicios racionales de veracidad de los hechos invocados, cuya fuerza de convicción guarda proporción con la gravedad de los hechos que se quieren cuestionar. Determinar si hay o no tal principio de prueba forma parte del poder discrecional del Juez⁽¹⁸⁾. En la misma línea se ha pronunciado RODRÍGUEZ ADRADO⁽¹⁹⁾ y PUIG BRUTAU⁽²⁰⁾. Por su parte MONTERO AROCA⁽²¹⁾, indica que el hecho de que no sea necesario su constatación por escrito (aunque es normal), y de conformidad con el principio *pro actione*, no encuentra inconveniente a que dicho obstáculo del acreditamiento previo se dé, ya que de lo contrario, puede suponer la inconstitucionalidad de la norma, por contradicción con el art. 24 de la CE, ya que en el fondo este principio atiende a la legitimación. De tal forma, que todo acreditamiento previo a la legitimación puede chocar con el art. 24 de la CE ante la imposibilidad práctica de la tutela judicial de los derechos afirmados en la demanda, impidiéndose al actor la posibilidad de acudir a otro tipo de proceso en el que no se le exija el acreditamiento.

Sin embargo, otro sector doctrinal, entre los que cabe señalar a ORTELLS RAMOS y GÓMEZ COLOMER, entienden que debe ser escrita, pero ha de concebirse con gran amplitud porque condiciona el acceso a la tutela judicial.

De esta forma el TS de manera flexible ha reiterado que este requisito de carácter procesal “constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una restricción, ni un obstáculo a la posibilidad que abre la Constitución. Desde esta perspectiva debe propugnarse, como más concorde con nuestra Carta Magna, una interpretación del principio de prueba que no convierte en elemento formal de rechazo, la falta de incorporación de un escrito que contenga el mentado ‘principio de prueba’ a la demanda, bastando con que se presenten en el cuerpo de su escrito, referencias concretas a medios de prueba a practicar, que contribuyan a conferir el sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda” (STS

(18) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a la reforma del derecho de familia*, vol. I, 1984, ed. Tecnos, Madrid, p. 954.

(19) RODRÍGUEZ ADRADO, A., “La filiación”, *RDN*, 1983, p. 335 y ss.

(20) PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, vol. IV, Ed. Bosch, 1991, p. 131.

(21) MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, Ed. Civitas, 1994, pp. 97-99.

de 3 de diciembre de 1991), seguidas por los de 28 de diciembre de 1998 y 4 de mayo de 1999.

4. Carece de eficacia más allá de la fase preliminar de admisión a trámite de la demanda. Carece de valor probatorio aunque su objeto coincida con el de la prueba, pues su única función procesal es la de abrir la puerta de acceso al contradictorio.

V. APRECIACIÓN

Resulta difícil de concretar el tipo de “principio de prueba” a que alude el precepto. Es obvio que ello debe ser distinto según se trate de acciones de impugnación de paternidad (maternidad) o de reclamación de filiación y de dicha valoración, encomendada al prudente arbitrio judicial, dará como resultado la admisión o no de la demanda, según que el Juez lo considere o no suficiente, en pronunciamiento no discrecional sino razonado.

Como indica RIVERO HERNÁNDEZ⁽²²⁾, el tipo de prueba dependerá del proceso que se incoe y para el caso de demandas de impugnación de la paternidad, podría estimarse como principio de prueba suficiente el hecho del adulterio de la esposa aprobado en procedimiento de divorcio, la existencia de caracteres raciales del hijo distinto al de los padres, o el haber cesado hacía tiempo la convivencia conyugal o entre los amantes, el haber disimulado la madre el embarazo u ocultado el nacimiento al hombre a quien luego ha endosado la paternidad, la residencia en países distintos y distantes que elimine la probabilidad de contacto. Y respecto de las demandas de reclamación, cualquier documento que aunque no reconozca la paternidad (maternidad), pueda acreditar unas relaciones sexuales en época idónea o las haga verosímiles.

Visto lo anterior, podemos enunciar como los más importantes principios de prueba admitidos en derechos por el Tribunal Supremo los que a continuación se enumeran: acta notarial con manifestación de un testigo (STS de 14 de octubre de 1985); las relaciones prematrimoniales (SSTS de 7 de febrero de 1986, 14 de noviembre de 1987 y 11 de marzo de 1988); relaciones amorosas estables mantenidas durante la época de la concepción (SSTS de 12 de abril de 1988 y 24 de junio de 1996); fotografía dedicada (SSTS de 12, 14 y 17 de noviembre de 1987); fotografías que revelen relaciones de intimidad (STS de 21 de mayo de 1988); fotografías de las que se deduzca la existencia de una relación entre el demandado y la madre, o entre el demandado y quien afirma

(22) RIVERO HERNÁNDEZ, F., citado por CORDERO CUTILLAS, *La impugnación de la paternidad*, op. cit., p. 77.

ser su hijo (SSTS de 21 de diciembre de 1989, 29 de abril de 1994, de 5 de octubre de 1999); ATS de 16 de enero de 1966); ciertos documentos como diarios (STS de 21 de diciembre de 1989); prueba testifical de compañeros de trabajo de los presuntos padres afirmando la creencia del mantenimiento de relaciones sexuales y prueba pericial morfológica demostrativa del parecido entre el hijo y el presunto padre (SSTS de 10 de noviembre de 1986 y de 19 de noviembre de 1998); cartas del presunto padre en las que manifiesta un tratamiento de hijo (STS de 10 de marzo de 1987); acta notarial recogiendo manifestaciones de la madre que impugna, además de impotencia, falta de convivencia, ausencia del marido, prueba de grupos sanguíneos (heredobiológica o antropomórfica) para impugnar la paternidad del marido (STS de 14 de octubre de 1985); publicaciones y reportajes no contradichos por la parte demandada (STS de 21 de mayo de 1998); certificaciones registrales de nacimiento del hijo (SSTS de 29 de abril de 1994 y 3 de septiembre de 1996); nóminas y facturas (ATS de 16 de enero de 1996); declaraciones de testigos aportadas por escrito con la demanda, hayan sido o no recogidas en acta notarial (ATS de 11 de noviembre de 1989; SSTS de 19 de enero de 1990); 3 de diciembre de 1991, 6 de octubre de 1993, 28 de abril de 1994, 28 de mayo de 1994, 26 de junio de 1999 y 5 de octubre de 1999), y por supuesto con total irrelevancia de que, para su emisión, no se hayan seguido las normas de la LEC relativas a la prueba testifical (SSTS de 6 de octubre de 1996 o 26 de junio de 1996).

Sin embargo, el principio de prueba más alegado y admitido por nuestro Tribunal Supremo es la alegación en el escrito inicial de pruebas que puedan ser corroboradas en la fase probatoria, muestra clara de la flexibilidad en la interpretación del requisito, es la corriente jurisprudencial que alude a su necesaria “espiritualización”, y que lo entiende satisfecha si en la propia demanda se proponen pruebas con aptitud potencialmente suficiente para demostrar lo fundado de la pretensión del actor (SSTS de 7 de noviembre de 1986, 12 de noviembre de 1987, de 3 de junio de 1988⁽²³⁾ y 21 de diciembre de 1989⁽²⁴⁾). Siendo en este tema especialmente interesante las sentencias de 3 de diciembre

(23) La STS de 3 de junio de 1988 declaró que “debe considerarse suficiente la alegación en el escrito inicial de pruebas que puedan ser corroboradas en la fase probatoria (...) tanto la Constitución como el Código civil (...) siguen un criterio de amplitud y facilitación del ejercicio” de las acciones de filiación. Cita las SSTS de 10 de noviembre y 7 de febrero de 1986 como resoluciones en las que ha tenido eco el mencionado criterio de amplitud.

(24) La STS de 21 de diciembre de 1989 insiste en la misma idea: “Ya la Jurisprudencia de esta Sala tiene reconocido que no puede apreciarse infracción del art. 127 del CC, en cuanto al principio de prueba que ha de acompañarse a la demanda, cuando en el escrito inicial se alegan pruebas que pueden ser corroboradas en la fase probatoria..., o cuando se acompañan unas fotografías, toda vez que esta norma no puede ser interpretada restrictivamente”.

de 1991⁽²⁵⁾, de 4 de mayo de 1999, 19 de enero de 1990, 8 y 23 de octubre de 1993⁽²⁶⁾, 28 de mayo de 1994, 3 de septiembre de 1996, 3 de octubre de 1998, 28 de diciembre de 1998, 26 de enero de 1999, 4 de mayo de 1999, 5 de octubre de 1999, 18 de julio de 2000, 28 de diciembre de 2001⁽²⁷⁾ y 1 de febrero de 2002⁽²⁸⁾.

Esta espiritualidad ha sido fuertemente criticada por la doctrina por excesiva, llegando a decirse que al interpretar de forma correctora el precepto, se está

(25) La STS de 3 de diciembre de 1991 alude al criterio doctrinal según el cual el medio probatorio ha de constar por escrito aun sin advenir, y no sólo sería válida la prueba documental sino también otros medios documentales o pruebas documentadas como serían unas declaraciones reducidas a escrito; indica que “cabe también sostener con una interpretación espiritualizada (...) que ni siquiera es necesario que tenga que plasmarse en determinado documento acompañatorio, sino que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y de este modo llevar a cabo un control de la razonabilidad de la demanda”; y agrega que “basta con que se presente o muestre con la demanda (...) referencias concretas a medios de prueba a practicar que contribuyan a conferir a los hechos credibilidad y verosimilitud”. —En este supuesto, se estimaron suficientes unas actas notariales con declaraciones de testigos—.

(26) La STS de 23 de octubre de 1993 insiste en la expresada doctrina. El párrafo 4.º de su primer fundamento jurídico reza así: “La Jurisprudencia de esta Sala es abundante y pacífica, aclarando que, respecto a “este principio de prueba”, cabe sostener una interpretación “espiritualizada”, entendiéndose que ni siquiera es necesario que la prueba deba plasmarse en determinado documento acompañatorio, sino que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado, y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de razonabilidad de la demanda. El requisito procesal del número 2 del art. 127 constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el art. 39.2 de la Constitución. La seriedad y razonabilidad de la pretensión que se ejercitó está hoy fuera de toda duda; luego resultaría contrario a la finalidad de la norma querida por el legislador, que aquel principio de garantía procesal se convirtiera en un impedimento u obstáculo del mandato constitucional...”. Las SSTs de 28 de diciembre de 1998, de 4 de mayo de 1999 indican “(...) debe propugnarse, como más concorde con el dictado de nuestra Carta-Magna, una interpretación del principio de prueba que convierta en elemento formal de rechazo, la falta de incorporación de un escrito que contenga el mentado ‘principio de prueba’ a la demanda, bastando con que se presenten o muestren (mostrar es sinónimo de presentar) con la demanda (no necesariamente en escrito aparte), o sea en el cuerpo de su escrito, referencias concretas a medios de prueba a practicar, que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda”.

(27) “...basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado”, procurándose así la seriedad de la demanda y la garantía inicial de seriedad que siempre debe aquél frente a quien se formula.

(28) Basta con que en el cuerpo de este escrito inicial existan referencias concretas a medios de prueba a prácticas que contribuyan a conferir el supuesto tanto fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud aunque luego no prospere la demanda.

diciendo lo contrario, dejando la cautela establecida por la norma reducida a nada y haciendo inevitables los abusos⁽²⁹⁾. Esta postura crítica se encuentra, actualmente afianzada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994, la que en su FJ 4.º establece que: "...para salvaguardar del derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimiento de carácter biológico a causa de demandas frívolas o torciteras, la ley establece dos precauciones: A) la primera, que el juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda" (art. 127.2 del CC).

Es cierto que la jurisprudencia interpreta este requisito con criterio amplio, precisamente para no reducir las posibilidades de investigación. Pero es igualmente cierto que se establece una barrera a demandas carentes de todo fundamento; y sobre todo, que el demandado puede pedir la reposición de la admisión, discutiendo en la fase preliminar del proceso la seriedad de la demanda de filiación (STS de 15 de marzo de 1989).

Cabe preguntarse, sin embargo, si ese "principio de prueba", necesario para la aceptación de la demanda, se verifica con la simple alegación inicial de que se van a practicar las pruebas biológicas durante el proceso. No media duda alguna sobre la admisibilidad de la demanda cuando se acompaña de los resultados sobre pruebas biológicas practicadas extraprocesalmente⁽³⁰⁾. Respecto a si basta para que se dé inicio al proceso con pedir que durante el mismo se practiquen las pruebas biológicas oportunas, deberá tenerse en cuenta la redacción del derogado artículo 127.2 y que el actual contenido del art. 767.1 de la LEC se planteó con un claro fin, el de evitar las reclamaciones injustificadas. Opina CUADRADO IGLESIAS⁽³¹⁾ que tal hipótesis debe ser rechazada, puesto que el mismo no es suficiente para fundamentar la demanda, aun cuando reconoce que ello puede suponer, si el actor o actora no cuenta con otros elementos, una auténtica injusticia. Admitir tal hecho lo considera una vulneración al tenor y espíritu del artículo 127 del CC, que permitiría a cualquier sujeto indiscriminadamente instar una demanda sobre la materia. Sin embargo hay que

(29) FÁBREGA RUIZ, C.F., "Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, Fascículo II, abril-junio 1998, pág. 659.

(30) EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª A., "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad", *Revista de Derecho y Genoma Humano* 2/1995, pp. 87 y ss.

(31) CUADRADO IGLESIAS, M., "Investigación de la Paternidad y de la maternidad" *Comentario del Código Civil*, Asociación de profesores de Derecho Civil/Ed. Ramón Areces, 1990, p. 610.

tener presente la posible caducidad de la acción⁽³²⁾. En este sentido PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁽³³⁾ asegura que al menos el juez debe admitir la demanda, para evitar la caducidad y dar un plazo razonable para la presentación del principio de prueba. A este respecto el Tribunal Supremo la admite como principio de prueba, sin perjuicio de que posteriormente prospere o no la demanda.

La jurisprudencia, por su parte, ha seguido un criterio claramente aperturista⁽³⁴⁾, en este sentido la STS de 3 de diciembre de 1991 señala que debe propagarse, como más acorde con el dictado de nuestra Carta Magna, una interpretación del principio de prueba que no convierte en elemento formal de rechazo, la falta de incorporación de un escrito que contenga el mentado “principio de prueba” a la demanda de referencias concretas a medios de prueba a practicar, que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud, aunque luego no prospere la demanda. En el mismo sentido STS de 8 de octubre de 1993. El Tribunal Supremo acepta así que pueda ser estimado, como principio de prueba que ha de acompañarse a la demanda, la alegación de práctica de pruebas biológicas que serán corroboradas en fase probatoria, aunque precisa que se demuestre la seriedad de la demanda (SSTS de 21 de diciembre de 1982, 3 de junio de 1988, 10 de noviembre y 7 de febrero de 1986, 28 de diciembre de 2001 y 1 de febrero de 2002). Por ello, y aun cuando se siga un criterio aperturista en la materia, se requiera algún otro indicio, aunque sea de escasa relevancia, que induzca a valorar que razonablemente han podido mediar relaciones tendentes a la procreación⁽³⁵⁾. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de enero de 1994, en su fundamento jurídico 4.^o

VI. CONCLUSIONES

Entiendo que el principio analizado —ni en su planteamiento teórico ni en su aplicación práctica— afecte al principio de libre investigación de la paterni-

(32) CORDERO CUTILLAS, I., *La impugnación de la paternidad matrimonial*, op. cit, p. 78.

(33) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia, derecho de Sucesiones*, Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1989, p. 442. Citado por CORDERO CUTILLAS, “La impugnación...”, op. cit., p. 78.

(34) En tal sentido ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1987, p. 248.

(35) EGUSQUIZA BALMADEA, M.^a A., “El papel jurídico de la pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad”, op. cit., p. 89.

dad proclamado en nuestra Carta Magna. La interpretación y aplicación que ha hecho el Tribunal Supremo de la misma, ha hecho que en la realidad forense, se dé por justificado ese requisito previo de admisibilidad de la demanda con la aportación de meras fotografías, que es muy habitual en las demandas de reconocimiento de la filiación o la presentación de testigos, que lógicamente aportados por la parte proponente de la misma van a corroborar los hechos pretendidos en la demanda. La práctica también muestra habida cuenta la finalidad pretendida con el mismo, que no existen abundantes demandas desaprensivas o impertinentes, por lo que analizado el principio en el contexto histórico en el que nos encontramos, lo considero inoportuno así como su traslación al nuevo ordenamiento procesal, máxime teniendo en cuenta que no es general en Derecho comparado ni entre los Ordenamientos más prestigiosos de nuestra área cultural y jurídica.

PADRES OCIOSOS

José Manuel Sánchez del Águila Ballabriga.

Abogado.

Las leyes, por trascendentales o aplaudidas que hayan sido en el momento de su concepción, también tienen su fecha de caducidad, y más aún cuando éstas, como ocurre con la comúnmente llamada Ley del Divorcio, regulan hechos y realidades tan mutables como es el mismo matrimonio o las relaciones paterno-filiales. No en balde han pasado nada más y nada menos que veinte y dos años desde su entrada en vigor y está claro que en todo este tiempo han cambiado mucho las cosas. Decía RADBRUCH que todo pensamiento jurídico —y, por ende, las normas— lleva necesariamente en sí las huellas del “clima histórico” en que nace. Resulta obvio que hablamos de dos climas históricos y sociales harto distintos: el de 1981 y el de este tercer año del tercer milenio, un año arrogante sin duda, pues sabe que es de esos años que, también, está inaugurando un nuevo siglo.

Una parte importante de esta ley ha quedado francamente obsoleta, lejana y ajena a la realidad social por lo que, ante la morosidad del aparato parlamentario en la reforma de la regulación legal de la familia y su crisis, han tenido que ser los tribunales los que paulatinamente han ido interpretando aquélla conforme a la nueva realidad social. De este modo, por ejemplo, se ha podido alcanzar la posibilidad de acordar la separación o el divorcio por la mera cesación de la *affectio maritalis*, sin tener que airear las interioridades conyugales con tal de conseguir acreditar a toda costa la culpabilidad de uno u otro cónyuge.

Y es que a nadie se le escapa que la realidad social se ha modificado sustancialmente con motivo de los grandes cambios sociológicos acaecidos en estos últimos años: la incorporación masiva de la mujer al mundo laboral ha llevado en muchos casos a la mayor actuación del varón en el hogar, con modificación del modelo tradicional del padre, que hasta entonces y por regla general se encontraba alejado de las responsabilidades más inmediatas para con sus hijos. Con el padre, distraído de lo cotidiano, se contaba normalmente sólo para las decisiones más o menos importantes; el día a día estaba a cargo generalmente de la madre.

Es por eso por lo que, en consonancia con esta nueva realidad social y como consecuencia de esta profunda modificación de los hábitos familiares, con una mayor implicación de ambos progenitores en la atención y educación de los hijos, se viene demandando por diversos sectores sociales una interpretación razonable de la ley que permita, en el caso de ruptura matrimonial, terminar definitivamente con esa ya trasnochada distribución de “roles” entre el padre y la madre. Cada vez duele más esa deplorable distinción entre cónyuge custodio y cónyuge ocioso, cónyuge “VIP” y cónyuge de segunda categoría. No es admisible hoy por hoy que, con esta caprichosa asignación de papeles, tras una separación matrimonial “uno gane y otro pierda nada menos que a sus hijos”, como ha llegado a escribir LUIS ZARRALUQUI.

La misma terminología legal ya parece realmente trasnochada e incluso peyorativa para el niño (guarda, como si se tratara de cachivaches, régimen de visitas, como si el niño fuera a casa de un amiguito). En esta legítima rebeldía frente a las palabras, ya existen convenios reguladores en que se utilizan términos más apropiados incluso para la propia dignidad del menor tales como “régimen de estancias” o “familia con dos hogares”. Y es que las palabras son importantes; el cambio del mismo lenguaje, normalmente, suele ser el preludio de otros cambios más trascendentes.

En uno de los últimos Congresos sobre Mediación Familiar celebrado en España (me refiero al celebrado en Madrid en septiembre del 2001), en el que se dieron cita especialistas y profesionales de distintas disciplinas —desde la Sociología hasta el Derecho—, se concluía, por profesionales de la Psicología Infantil, que para cualquier niño, a pesar de la ruptura de sus padres o quizá por esa misma ruptura, era absolutamente necesaria la presencia equilibrada en sus vidas de los dos progenitores. Y se abogaba por que, en condiciones normales (idoneidad de ambos padres, proximidad de domicilios, etc., pero poco más), los hijos deberían convivir con ambos mediante un reparto equilibrado de las estancias, con olvido del estereotipado sistema —guarda para un padre y visitas para el otro— que se viene estableciendo en la inmensa mayoría de las resoluciones judiciales que dan fin a los procesos de separación. Se trata, decían, “de comprender las funciones de ambos, padre-madre, desarrollando un nuevo mo-

delo igualitario de asunción de responsabilidades compartidas y no asimétricas en la crianza de los hijos y sin exclusividad del género”.

En palabras de una de esas especialistas, Trinidad BERNAL, directora del programa “Familia en proceso de cambio” y también ponente en dicho Congreso:

“Compartir la custodia es seguir ejerciendo como padres de igual manera a como lo venían haciendo antes de la separación, con la diferencia de que los padres tienen distinto domicilio (...) La cercanía de los domicilios de ambos padres propicia la complementariedad de funciones y hace más fácil la atención conjunta de los menores”.

Ya antes, los psicólogos REINA y MARTINELL consideraron que se debe asignar a los padres divorciados un derecho de custodia común, y ello, según nos indicaba Javier PÉREZ MARTÍN en un trabajo reciente, estimulados por la decisión del Tribunal Constitucional Alemán.

Desde otro enfoque, nos valen las palabras de la prestigiosa socióloga francesa Evelyne SULLEST cuando reflexiona sobre ese frecuente caso en que uno de los progenitores es solamente un mero visitante de fines de semana alternos:

“La figura del padre tiende a desvanecerse o se convierte en esa visita un tanto patética que comparte con ellos una artificiosa relación de fin de semana, refrescos y largos silencios”.

Palabras bellas aunque verdaderamente desoladoras que ilustran como nada la triste escena —que tantas veces habremos contemplado muchos— del padre ocioso comiendo o merendando con sus hijos unas tristes hamburguesas, en un triste Burger King o similar de cualquier ciudad, una triste tarde de domingo, poco antes de que den las ocho (parafraseando la canción de Serrat), esa triste hora de entrega en que, ya solo, el visitante escuchará sin demasiado interés los resultados deportivos del fin de semana, seguramente también desastrosos, como desastroso fue ese domingo que pasó en el Burger. Los niños sabrán, a partir de esa hora, al despedirse, a la hora de la cena, mientras se bañan, que probablemente hasta dentro de quince días, poco más o menos, no podrán volver a disfrutar de la compañía de su padre; su padre, sí, normalmente, en el noventa y mucho por ciento de los casos siempre se trata del padre. Así están las cosas.

Está claro que, a pesar de la actual regulación legal y de la pereza del legislador para emprender su reforma, vamos hacia un modelo más razonable de “guarda compartida”, o dicho con más propiedad, “custodia sucesiva” o

“custodia alternativa” (ese empeño semántico de Luis ZARRALUQUI) de los menores en los casos de crisis familiar. Nuestros mismos tribunales se están contagiando, siquiera sea levemente, de esta nueva realidad social que ya está siendo asimilada plenamente si atendemos a la evolución del derecho comparado de los países de nuestro entorno (pensemos en la última reforma del Derecho de Familia llevada a cabo en Francia), y, en algunos casos, se están atreviendo a abrir este nuevo camino, con la atribución a ambos progenitores de la custodia de sus hijos si se produce la ruptura del matrimonio. Desde 1997, al menos, algunas secciones de distintas audiencias provinciales —como la de Madrid, Sevilla o Valencia— están progresando en esta valiente “enmienda” a nuestro Código Civil, y ello en base al impecable argumento de que si bien la regulación actual contempla la atribución exclusiva de la guarda y custodia a uno de los cónyuges, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Ya se puede apreciar otra sensibilidad, como la que rezuma, por ejemplo, esa sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de hace pocos años —una sentencia de “alta costura”— que, con una belleza infrecuente en las resoluciones judiciales, concluye: “Se trata de instalar al pequeño en un ambiente de relación con sus padres que le permita estar seguro de que aunque éstos se hayan separado, ninguno se ha separado de él”.

CRÓNICA LEGISLATIVA

LEY 5/2003, DE 6 DE MARZO, PARA LA REGULACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

(BOE 89/2003, de 14 de abril)

Sea notorio a todos los ciudadanos que el Parlamento de Canarias ha aprobado y yo, en nombre del Rey y de acuerdo con lo que establece el artículo 12.8 del Estatuto de Autonomía, promulgo y ordeno la publicación de la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

PREÁMBULO

Los modelos de sociedad, sus formas de organizarse y los valores sobre los que ésta se sustenta, han evolucionado y son ya muy diferentes a los que tradicionalmente han venido imperando décadas atrás. El matrimonio sigue siendo la forma de unión o unidad familiar predominante. Sin embargo, a raíz de los cambios surgidos en el último medio siglo, otros tipos de unión demandan una regulación por parte de los poderes públicos.

Nuestro ordenamiento jurídico ha recogido ya algunos casos en los que se reconoce a las parejas unidas de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, una situación equiparable a los matrimonios, concretamente en los arrendamientos urbanos, el derecho de asilo, determinadas disposiciones penales o de prestaciones sociales.

Las uniones con carácter estable, conocidas como “parejas de hecho”, se encuentran actualmente con numerosas trabas jurídicas para su reconocimiento. Las parejas de hecho, por tratarse de una realidad distinta a la

institución del matrimonio, parten de opciones y planteamientos personales que requieren el respeto a la diferencia, tanto en el plano social como el jurídico.

El Derecho debe adaptarse, por tanto, a estas nuevas realidades sociales. Además, se da una amplia aceptación social de este tipo de uniones, situación que requiere una regulación normativa. Esta debe promover la igualdad de trato para aquellas personas que integren la pareja, con independencia de su modelo familiar y de su orientación afectiva-sexual. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dado soluciones coyunturales a los casos que en tal sentido se planteaban, pero debe ser un marco legal de referencia general, donde deben recogerse las soluciones con carácter universal.

La adopción de la presente Ley tiene su justificación en el artículo 9.2 de la Constitución española, donde se obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para que todo individuo goce de plenas condiciones de libertad e igualdad efectivas y reales, así como a actuar contra los obstáculos que impidan la plenitud de este derecho, en concordancia con el artículo 1.1 de la Carta Magna, como valor superior del ordenamiento jurídico.

Así mismo, el artículo 39 de la Constitución establece que “los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia”. Y si consideramos a las parejas de hecho como un nuevo mode-

lo social de familia, ésta debe ser también amparada y protegida.

De igual modo se expresa el contenido del artículo 5.^º (puntos 1 y 2) del Título Preliminar del Estatuto de Autonomía de Canarias, que dice: “Los ciudadanos de Canarias son titulares de los derechos y deberes fundamentales establecidos en la Constitución” y que “los poderes públicos canarios, en el marco de sus competencias, asumen como principios rectores de su política: la promoción de las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integren”.

En este sentido, de las resoluciones adoptadas por el Parlamento Europeo cabe destacar la del día 8 de febrero de 1994, indicándose la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico y a la independencia de su orientación afectiva-sexual. En tal caso, las parejas de hecho deben contar con igual tratamiento jurídico, tanto si son integradas por personas de diferente como del mismo sexo. El reconocimiento explícito de que en la sociedad del siglo XXI no existe un modelo unívoco de familia, sino diversos modelos, hace que las parejas de hecho, en tanto que sus integrantes mantienen un vínculo afectivo y un proyecto común, suponen una unidad familiar que debe ser contemplada como tal.

De otra parte, la Comunidad Autónoma de Canarias no puede quedar al margen de esta realidad social, y debe, en el ámbito de las competencias que el Estatuto de Autonomía le concede, aportar a la sociedad canaria una norma que otorgue seguridad jurídica a quienes voluntariamente han decidido formalizar una relación estable de pareja, con independencia del sexo de cada uno de ellos, y sin ningún tipo de discriminación.

Por tanto, la presente Ley surge para dar respuesta a una demanda social, con el fin de apoyar el reconocimiento de esta forma de convivencia en el marco del Derecho común, que evite cualquier tipo de discrimina-

ción para el ciudadano, en base a sus circunstancias o convicciones personales.

La presente Ley comienza extendiendo su ámbito de aplicación a la situación creada por la convivencia libre, pública y notoria de dos personas, con independencia de su orientación sexual, y combinando esta situación con la eventual inscripción de dicha unión en un Registro Público que la propia norma crea y regula.

Por otra parte, la Ley da un especial tratamiento a las exigencias necesarias para la constitución de este tipo de uniones, prohibiendo el acceso al Registro de Parejas de Hecho tanto a aquellas personas que tienen un vínculo, matrimonial o no, con otra persona, las que tengan relación de parentesco entre sí, los menores de edad no emancipados y los incapacitados judicialmente.

La Ley dedica su capítulo segundo al Registro Administrativo de Parejas de Hecho y a la inscripción en el mismo, bajo la regla general de su voluntariedad, de determinados sucesos que afectan a la vida de la pareja. También es objeto de atención en la Ley el régimen de publicidad del citado Registro.

Respecto a la acreditación de la existencia de la pareja de hecho, la presente Ley contempla en su capítulo tercero varias fórmulas alternativas, abiertas a la libre elección de los convivientes según sus preferencias personales.

Mención especial merecen los pactos de convivencia regulados en el capítulo cuarto, que se conciben como el instrumento regulador de las relaciones personales y económicas que se puedan derivar de la convivencia, estableciéndose como norma imperativa el respeto a la igualdad entre los convivientes.

En cuanto a la extinción de la pareja de hecho, la Ley dedica su capítulo quinto a señalar las causas que ponen fin a su existencia, así como la inscripción registral de tal eventualidad.

Las consecuencias jurídicas derivadas de la existencia de una pareja de hecho se regulan en el capítulo sexto de la Ley, otorgando a aquella los mismos beneficios que a las parejas que hayan contraído matrimonio, tanto en el ámbito de la función pública canaria como para el resto de la normativa autonómica de Derecho Público, con excepción de la tributación conjunta respecto del tramo autonómico del IRPF.

Por último, la Ley dedica sus últimas disposiciones, por un lado, a permitir, en su caso, el cómputo del tiempo de convivencia transcurrido antes de la entrada en vigor de la norma; por otro lado, a prever los efectos de una posible legislación estatal permisiva de la inscripción en el Registro Civil de las parejas de hecho creadas al amparo de esta Ley; en tercer lugar, a encomendar al Gobierno de Canarias el desarrollo reglamentario de las previsiones de la norma; y, finalmente, a determinar la fecha de su entrada en vigor.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.º Ámbito de aplicación.—

La presente Ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, vinculados de forma estable con independencia de su orientación sexual, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que se cumplan las exigencias establecidas en el artículo siguiente.

Bastará la mera convivencia cuando la pareja tuviera descendencia en común.

Art. 2.º Requisitos personales.—

1. No pueden constituir una pareja de hecho, de acuerdo con la normativa de la presente Ley:

- a) Los menores de edad no emancipados.
- b) Las personas ligadas por el vínculo del matrimonio, no separadas judicialmente.

c) Las personas que forman una unión estable con otra persona simultáneamente.

d) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.

e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado.

f) Las personas legalmente incapacitadas mediante sentencia judicial firme.

2. Los dos miembros de la pareja de hecho han de estar empadronados en alguno de los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

3. No podrá pactarse la constitución de una pareja estable no casada con carácter temporal ni someterse a condición.

CAPÍTULO II

Del registro de parejas de hecho

Art. 3.º Naturaleza.—Se crea el Registro de Parejas de Hecho, que tendrá carácter administrativo y se regirá por la presente Ley y cuantas disposiciones puedan dictarse en su desarrollo.

Dicho Registro dependerá de la Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica del Gobierno de Canarias.

Art. 4.º Inscripción.—1. La inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Canarias tendrá efectos declarativos sobre la constitución, modificación y extinción de las mismas, así como respecto a los pactos reguladores de la convivencia a que se refiere el artículo 7.º de esta Ley.

2. Para efectuar la inscripción de la pareja de hecho deberán concurrir los requisitos personales a los que se refiere el artículo 2.º de esta Ley. En caso contrario, será nula de pleno derecho dicha inscripción.

3. Las inscripciones en el Registro serán, con carácter general, voluntarias, de forma que no podrá practicarse inscripción alguna sin el consentimiento conjunto de los dos miembros de la pareja. Solamente las inscripciones que hagan referencia a la extinción de la pareja podrán efectuarse a instancia de uno solo de sus miembros.

4. No procederá una nueva inscripción sin la previa cancelación de las preexistentes.

5. Las inscripciones y actos registrales tendrán carácter gratuito.

Art. 5.º Publicidad.—1. El contenido del registro se acreditará mediante la oportuna certificación administrativa.

2. La publicidad del Registro de Parejas de Hecho de Canarias quedará limitada exclusivamente a la expedición de certificaciones de sus asientos, bien a instancia de cualquiera de los miembros de la unión, bien a solicitud de los jueces y tribunales de Justicia en los casos en que proceda.

CAPÍTULO III

De la acreditación de las parejas de hecho

Art. 6.º Acreditación.—1. La existencia de una pareja de hecho se acreditará:

a) Mediante la inscripción en el Registro Administrativo de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Canarias a que se refiere el capítulo II de esta Ley;

b) mediante escritura pública otorgada conjuntamente por ambos miembros de la pareja;

c) por cualquier medio de prueba admisible en Derecho y suficiente a los efectos establecidos en el artículo 1.º de esta Ley.

2. La formalización de estas uniones tiene efecto, según los casos, a partir de la fecha de inscripción registral, de la fecha de autorización del documento, o de la fecha de constatación de la suficiencia del medio de prueba aportado.

CAPÍTULO IV

De los pactos de convivencia

Art. 7.º Regulación de la convivencia.—1. Los miembros de la pareja podrán regular válidamente, por cualquier forma, verbal o escrita, admitida en Derecho, las relaciones personales y patrimoniales

derivadas de la convivencia, con indicación de los derechos y deberes respectivos. Entre dichos derechos podrá pactarse el de obtener información y autorización médica en relación con el otro miembro de la pareja, en los casos en que razones médicas lo exijan o aconsejen. También pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de cese de la convivencia.

2. En todo caso, será necesario que tales pactos de convivencia consten en escritura pública o en otro documento que reúna las condiciones de autenticidad.

3. En defecto de pacto, se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la pareja contribuyen al mantenimiento del hogar y a los gastos comunes con el trabajo doméstico y con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios respectivos.

4. La presunción contenida en este artículo será de aplicación a los efectos de la actividad administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, y siempre que no sea contrario a la normativa civil aplicable.

Art. 8.º Inscripción de los pactos de convivencia.—1. Los pactos reguladores de la convivencia a que se refiere el artículo anterior podrán inscribirse voluntariamente en el Registro de Parejas de Hecho, siempre que no sean contrarios a las leyes o limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente.

2. La denegación de la inscripción se hará mediante resolución motivada y contra ésta podrán interponerse los recursos administrativos procedentes.

3. En ningún caso se inscribirán los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal o atenten a la esfera de la intimidad de los convivientes.

4. En todo caso, los pactos a que se refiere este capítulo, estén o no inscritos en el Registro de Parejas de Hecho, sólo surtirán efectos entre las partes firmantes, y nunca podrán perjudicar a terceros.

CAPÍTULO V

De la extinción de las parejas de hecho

Art. 9.º Causas de extinción.— 1. Las parejas de hecho se extinguen por las siguientes causas:

- a) Por mutuo acuerdo.
- b) Por decisión unilateral de uno de los miembros de la pareja notificada al otro por cualquiera de las formas admitidas en Derecho.
- c) Por muerte de uno de los miembros de la pareja.
- d) Por separación de hecho de más de seis meses.
- e) Por contraer matrimonio uno de los miembros de la pareja.

2. Los dos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública que, en su caso, se hubiera otorgado.

Art. 10. Inscripción.—La concurrencia de causa extintiva de la pareja se hará constar en el Registro de Parejas de Hecho, en la forma que se determine reglamentariamente.

CAPÍTULO VI

Normas administrativas

Art. 11. Beneficiarios respecto de la función pública.—En relación con la función pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, los convivientes mantendrán los mismos beneficios reconocidos a las parejas que hayan contraído matrimonio.

Los anteriores derechos serán igualmente reconocidos al personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Art. 12. Normativa autonómica de Derecho Público.—Los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Canarias, serán de igual

aplicación a los miembros de la pareja de hecho, especialmente en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios. Lo anterior no será de aplicación a la tributación conjunta respecto al tramo autonómico del IRPF.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única.—El tiempo de convivencia transcurrido antes de la entrada en vigor de esta Ley se ha de tener en cuenta a los efectos del cómputo de los doce meses a que se refiere el artículo 1.º, si los miembros de la pareja de hecho están de acuerdo.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Efectos de la inscripción.—Si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las parejas de hecho reguladas por esta Ley, los efectos que ésta les otorga deben ser entendidos referidos a las uniones que se inscriban.

Segunda. Desarrollo reglamentario.—1. El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias dictará las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente Ley.

2. En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno de Canarias deberá aprobar los reglamentos que la desarrollen, y regulará la creación del Registro de Parejas de Hecho a que se refiere el capítulo II de esta Ley.

Tercera. Entrada en vigor.—La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias (BOC).

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo previsto en la presente Ley.

Por tanto mando a los ciudadanos y a las autoridades que la cumplan y la hagan cumplir.

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

**TÍTULO: COMPRA FINANCIADA DE VIVIENDA FAMILIAR Y SOCIEDAD
DE GANANCIALES: ARTÍCULO 1357.2 DEL CC**

*Autor: María Teresa Martín Meléndez.
Cuadernos Civitas. Madrid, 2002.*

Ocurre con frecuencia en nuestra sociedad, que la edad a la que se toma la decisión de casarse supera en muchas ocasiones la treintena, y ello da lugar a que alguno de los cónyuges inicie en solitario, antes de contraerlo, la compra de una vivienda que luego pasará a constituir el domicilio familiar, continuándose con el abono de los pagos de la hipoteca vigente ya la sociedad de gananciales. Surgida la crisis y en la fase de reparto de los bienes se plantea el problema de la titularidad de la vivienda. Jurídicamente la cuestión está resuelta en el art. 1357 del Código Civil: “Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el art. 1354”, señalando este último precepto que “Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”.

Sin embargo, son muchas las dudas e interpretaciones que se plantean respecto al citado precepto, y para solucionarlas, María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Valladolid, pone a nuestra disposición la presente monografía.

La autora analiza el carácter excepcional de la norma, ya que se aparta del principio de que los bienes y derechos adquiridos antes de la vigencia del régimen son privativos y por tanto no sigue el régimen general previsto para los demás bienes comprados a plazos. A continuación se detiene en la finalidad de la norma que no duda que es la protección de la vivienda familiar, si bien critica que no se hayan distinguido los casos de adquisición por un cónyuge con vistas al matrimonio y el resto de los casos, en los que debería haber prevalecido el carácter privativo.

Acto seguido, la autora desarrolla cada uno de los presupuestos del supuesto de hecho del precepto que estudia, tales como: que el bien al que la compra se

refiere debe, sin duda, ser la vivienda familiar, que debe haberse comprado a plazos, que la compra fuese realizada por uno de los esposos y que la adquisición tuviera lugar antes de comenzar la sociedad de gananciales. También expone las consecuencias jurídicas, concretamente la aplicación del principio de subrogación legal y da respuesta a cuestiones como: ¿pueden los cónyuges de común acuerdo evitar la aplicación del artículo 1357.2?, o, ¿puede cada uno de los esposos, por sí solo, impedir que ingrese en la sociedad parte de la vivienda, si se pagó el plazo correspondiente con dinero común? Del mismo modo, se aborda el tema del reflejo registral de las alteraciones producidas en el carácter de la misma a través de las notas marginales de los artículos 91.1 y 91.2 del RH.

En otra parte trata otro caso polémico que es la compra cuyo precio es pagado al contado por el cónyuge comprador, sirviéndose de un préstamo hipotecario y cuyos plazos de amortización se van pagando durante el matrimonio y vigente la sociedad de gananciales. En estos casos, la autora también es partidaria de la aplicación del 1357.2 del CC a través de una interpretación extensiva o analógica de la norma.

TÍTULO: LA LIMITACIÓN TEMPORAL DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL CÓDIGO CIVIL. ESTUDIO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

*Autor: María Teresa Martín Meléndez.
Aranzadi. Navarra, 2002.*

Mucho se ha escrito sobre la pensión compensatoria y sobre la cuestión tan polémica de posible o no limitación temporal. En cualquier base de jurisprudencia podemos encontrar infinidad de sentencias que apoyan una u otra tesis, y que van desde la defensa de que el silencio del precepto del Código Civil supone que ha de tener carácter permisivo, hasta la negación de lo anterior, sosteniendo que la falta de previsión expresa es sinónimo de prohibición. Todo ello no supone sino crear una sensación de falta de seguridad jurídica, pues ante supuestos similares en una determinada Audiencia Provincial se concede la pensión compensatoria sin limitación temporal, mientras que en otra se determina qué duración tendrá.

En la presente obra se pretende, y la verdad es que se consigue, presentar y sistematizar todas estas posturas, para que a pesar de esa inseguridad tengamos al menos la seguridad de lo que va a pasar en nuestra Audiencia Provincial.

La autora sostiene la postura favorable a la temporalidad porque considera que éste es el criterio acorde con la realidad social del momento. En esta obra analiza, como ella misma expresa, la forma en la que se articula la temporalidad, los casos en los que puede operar y en los que no está permitida. También

se hace un recorrido por los objetivos que persiguen esta técnica y por los argumentos que las Audiencias más progresistas han opuesto para defenderla frente a quienes la combaten desde posiciones más conservadoras.

Después de analizar cuestiones generales sobre la concesión de la pensión compensatoria, la autora llega a una conclusión muy sugerente, distinguiendo lo que denomina desequilibrio perpetuo y desequilibrio coyuntural. El primero tiene lugar cuando, por la concurrencia de una serie de causas, se tiene una gran dificultad para rehacer la vida personal y profesionalmente en lo que se refiere a la capacidad para proveer a la propia subsistencia y atención. En este caso se encuentran los ejemplos de dedicación pasada y futura a la familia, la edad y las enfermedades del perceptor, la ausencia de perspectivas de incorporación al mercado laboral. El desequilibrio coyuntural obedece a motivos transitorios y susceptibles de cambiar, son las hipótesis de duración del matrimonio, perspectivas laborales, la escolarización de los hijos, la compatibilidad de la pensión con retribuciones por el trabajo para la casa.

La autora llama la atención sobre la necesidad de evitar situaciones abusivas como la pasividad para la búsqueda de un empleo, el trabajo en economía sumergida del perceptor y los medios legales y jurídicos con los que cuenta el Juez para fundamentar en el Código su decisión.

En la parte final del libro se incluye una extensa selección de jurisprudencia que, como antes se indicó, servirá para conocer con suficiente antelación qué criterio se sigue en cada una de nuestra Audiencias Provinciales.

TÍTULO: DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL

*Autores: A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González.
Colección “El Derecho de la Globalización”, n.º 1.
Colex, 2003, 354 páginas.*

1. Esta obra, fruto conjunto de los autores Alfonso Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III de Madrid, y Javier Carrascosa González, Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Murcia, inaugura una nueva colección jurídica, dirigida por los propios autores en el seno de la editorial Colex, bajo el título *El Derecho de la Globalización*. La colección pretende, como se desprende de su *presentación*, dar cabida a todas las especialidades del Derecho relacionadas

con el fenómeno de la interconexión cultural y económica que caracteriza al siglo XXI, y sus directores nos demuestran con ella, una vez más, su especial inquietud científica en torno a los efectos jurídicos del fenómeno planetario de la globalización [vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, Liberlibro.com, 2002; A. L. CALVO CARAVACA y P. BLANCO-MORALES LIMONES (Dir.), *Globalización y Derecho*, Colex, 2003].

2. La elección de la monografía inaugural de esta colección es sin duda acertada, pues nada mejor para su apertura que abordar desde el prisma del *Derecho internacional privado* (DIPr.), rama del Derecho privilegiada por su objeto para afrontar las repercusiones jurídicas de la globalización, el estudio del *Derecho de familia*, conjunto de instituciones donde el elemento personal prevalece sobre el patrimonial, y donde, consecuentemente, las situaciones privadas internacionales experimentan, más que en ningún otro sector, las fuertes tensiones de los distintos modelos culturales existentes en el mundo, traducidas no sólo en conflictos de leyes sino, más gravemente, en conflictos de civilizaciones.

3. El objetivo último de la obra, como señalan sus propios autores en el *prólogo*, radica en ofrecer al práctico y al teórico del Derecho de familia un material útil para descifrar las claves del Derecho de familia internacional en los albores del siglo XXI, un estudio completo donde la visión global y particular en torno a las instituciones jurídicas relativas a la familia internacional se unan y, precisamente, en la propia delimitación objetiva de la obra, perfectamente alcanzada, se encuentra otro de los principales aciertos de los autores.

En efecto, el libro *Derecho de familia internacional* es de una naturaleza atípica e inenquadrable en las tradicionales categorías de las obras científicas de la doctrina española internacionalprivatista. Se trata de una obra que sesga uno de los sectores tradicionales del objeto del Derecho civil internacional [al cual los autores, por otra parte, ya vienen dedicando su atención desde años, vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 3.ª ed., Ed. Comares, Granada, 2003], abordando de una manera exhaustiva (y, aunque parezca contradictorio, paralelamente depurada), eminentemente práctica, y también didáctica, el complejo régimen jurídico en el Derecho español de las relaciones internacionales que afectan a la familia. Sus destinatarios, en consecuencia, están constituidos por un amplio abanico: teóricos y profesores de DIPr., alumnos, estudiosos de otros sistemas jurídicos que desean acercarse a los datos básicos del DIPr. español relativo a la familia y, sobre todo, si hubiera que elegir su principal destinatario, el operador jurídico o práctico de nuestro país. Los autores, en efecto, siguiendo la tónica a la que ya nos tienen habituados, huyen de cualquier ejercicio inútil de dogmática y de conceptualismo legal, centrándose en identificar los problemas y dificultades reales que el operador jurídico debe afrontar, cada día más frecuentemente, en esta parcela del Derecho tan sensible y, en ocasiones, todavía desconocida. La

obra es oportuna, sin duda, tal como justifican sus autores en el *prólogo*, pero sobre todo es oportuno su planteamiento y su orientación práctica, reflejada no sólo en una recepción exhaustiva y crítica de la variada jurisprudencia y doctrina registral existente respecto a las distintas instituciones, sino en otros detalles como la inclusión intermitente de numerosos ejemplos prácticos resueltos.

4. En cuanto a la estructura de la obra, herencia directa aunque con algunas modificaciones del manual destinado al Derecho civil internacional que dirigen los autores, aparece dividida en ocho capítulos, que se dedican respectivamente al tratamiento de “Persona física”, “Matrimonio y parejas de hecho”, “Efectos del matrimonio”, “Crisis matrimoniales”, “Filiación natural”, “Adopción internacional”, “Secuestro legal internacional de menores y protección de menores” y “Alimentos”.

5. Respecto a su contenido, debe partirse, con carácter general, de dos ideas previas: de un lado, se trata de una evolución específica de la parte correspondiente del manual anteriormente citado y, de otro lado, el grado de innovación de los diferentes capítulos no es uniforme. Se observa, en efecto, que son precisamente los capítulos abordados *ex novo* en esta obra por los autores, pues en el manual son escritos por autores distintos, aquéllos más innovadores, profundos y exhaustivos, tanto desde el punto de vista de las soluciones doctrinales aportadas, como en relación al rastreo, análisis y síntesis, con el sentido crítico que siempre acompaña a los autores, de la respectiva jurisprudencia y práctica registral existente.

6. Así se verifica, por ejemplo, con relación al primero de los capítulos, en el que los autores, rechazando definitivamente cualquier utilidad práctica del tradicional concepto de “estatuto personal”, llevan a cabo una depuración del ámbito material del art. 9.1 CC, para pasar al análisis crítico del decimonónico punto de conexión de la “nacionalidad”, alineándose a la corriente doctrinal más reciente, defensora de la conexión de la “autonomía de la voluntad conflictual” como criterio regulador de las materias relativas a la persona y a la familia. Tras el examen de los clásicos problemas de determinación de la nacionalidad, tratados desde las claves que presiden el discurso de toda la obra, clave privada, constitucional y multicultural, los autores abordan las principales cuestiones de DIPr. relacionados con la capacidad de la persona física, esto es, capacidad jurídica, capacidad de obrar, declaración de ausencia y fallecimiento, mayoría y minoría de edad, emancipación, así como la incapacitación, cuestión esta última donde se observa un nuevo planteamiento respecto al tradicionalmente aceptado, conforme al cual la protección del menor deja de ser su punto nuclear, independizándose su tratamiento en un nuevo capítulo (Cap. VII); opción perfectamente acertada si se advierte que, ya desde hace años, el DIPr. de los menores goza de una cierta autonomía respecto al Derecho de la persona. El capítulo culmina con el problema, no siempre examinado por otros autores, de la ley aplicable a los casos internacionales de vulneración de los derechos de la

personalidad, y un tratamiento, completamente exhaustivo, sobre el derecho al nombre. Este último, bastante novedoso, se construye a partir de la normativa convencional existente, las lagunas jurídicas y axiológicas detectadas, así como la práctica, no demasiado afortunada, de la DGRN respecto a los numerosos problemas que experimentan los extranjeros en España con relación a su nombre y apellidos (ad. ex., problema de conflicto móvil en caso de cambio de nacionalidad o conservación del nombre y los apellidos originarios).

7. Otro de los capítulos más novedosos, impregnado de ricas conclusiones en matices y en propuestas de soluciones prácticas, es el relativo al tratamiento del “Matrimonio y Parejas de hecho” (Cap. II). Los autores, partiendo de la realidad multicultural que actualmente caracteriza a la sociedad española desde el punto de vista de los “modelos de familia”, realidad que justifica la propia sistemática del capítulo, pues por primera vez las “parejas de hecho” no son analizadas en el tema correspondiente a los efectos del matrimonio, sino junto a la institución del matrimonio, como expresión de dos modelos de familia igualmente legítimos, ofrece su mayor riqueza en los siguientes puntos: a) Incidencia del orden público internacional en relación a la aplicación en España de leyes extranjeras que regulan la capacidad matrimonial. En este aspecto, los autores analizan cuestiones tan relevantes y de interés práctico como son el matrimonio poligámico, el matrimonio homosexual, o el matrimonio de los transexuales. Aunque el hilo conductor de su discurso, intervención restrictiva del orden público internacional español en atención al principio constitucional de protección de la familia, es sin duda acertado, algunas de sus tesis pueden resultar excesivamente arriesgadas (ad. ex., sostener que la heterosexualidad del matrimonio ya no constituye un principio fundamental del orden público internacional español); b) Un tratamiento exhaustivo, con relación a la ley aplicable a la capacidad matrimonial, de los “matrimonios internacionales de complacencia” en una doble perspectiva teórico-práctica, y de la “dote islámica”; c) Análisis en el DIPr. español de las uniones de hecho, partiendo de la laguna legal existente al respecto, y proponiendo, en el marco de la “*tesis de autonomía de la voluntad conflictual*”, un cuadro de soluciones jurídicas concretas y coherentes a los distintos problemas de ley aplicable que suscita la regulación de este modelo de familia.

8. Igualmente innovador, no tanto por su planteamiento sino por su depuración, es el capítulo destinado a la “adopción internacional”. En un momento donde los estudios doctrinales sobre el tema se multiplican, los autores logran ofrecer una visión absolutamente completa, y a la vez renovada, sobre su regulación en el Derecho español, partiendo de las graves deficiencias sustanciales y técnicas del derecho positivo, y a la luz de los principios teleológicos que inspiran la institución. Su análisis se polariza en torno a dos principales ejes: régimen común y régimen del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993. En cuanto al primero, aparte de una minuciosa recepción e interpretación de la

práctica registral española respecto a la eficacia en nuestro país de figuras como la “*Kafala*” musulmana o las “adopciones simples”, llaman sobre todo la atención algunas de las “vanguardistas” tesis sostenidas por los autores en torno a polémicos aspectos: a) Extensión por analogía de los foros de competencia contenidos en el art. 22.3 LOPJ para la constitución de la adopción en España a la modificación y nulidad de la adopción; b) Construcción en clave constitucional del art. 22.3 LOPJ, estimando que la concurrencia aislada de la nacionalidad española del adoptante o del adoptando es un foro exorbitante, insuficiente *per se* para justificar la competencia judicial internacional de los jueces españoles; c) Interpretación teleológica del art. 9.5 IV CC que lleva a defender ad. ex., rechazo de la tesis de la “*bilateralización de los foros de competencia previstos en la LOPJ*” a favor de la tesis de los “*contactos razonables*”, o la exigencia del control de la ley aplicable sólo si con el mismo se potencia la validez de la adopción en el país del que el menor es nacional. Respecto al régimen convencional multilateral, los autores, de nuevo, sorprenden con su exhaustivo análisis, casi de detalle, profundizando no sólo en la fase administrativa de cooperación previa a la constitución de la adopción sino, fundamentalmente, y mucho más interesante y renovador, en los aspectos relativos a la validez extraterritorial de las adopciones internacionales constituidas en el marco del Convenio.

9. El resto de los capítulos de la obra resultan menos innovadores respecto a los ya elaborados por los autores en el manual de Derecho civil internacional que dirigen, aunque no por ello menos ricos. Los autores, de un lado, han llevado a cabo una escrupulosa actualización de las fuentes legislativas y los datos jurisprudenciales [es el caso ad ex., de la relevante STC 120/2002, de 20 de mayo, en relación al secuestro internacional de menores y la admisión en nuestra legislación interna del recurso “a un solo efecto” (Cap. VII)]; de otro lado, no han dejado de profundizar en torno a cuestiones espinosas y/o novedosas que exijan un tratamiento más exhaustivo [ad. ex., protección de menores, su relación con las crisis matrimoniales, y la profunda incidencia en el tema del criticable Reglamento comunitario 1347/2000, de 29 de mayo, en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (Cap. VII)].

10. A todo ello, finalmente, hay que añadir la absoluta puesta al día en cuanto al aparato doctrinal que respalda e impregna toda la obra, lo cual la convierte no sólo en herramienta de trabajo indispensable para el operador jurídico en nuestro país, sino también en obra de consulta obligada para futuros trabajos que aporten renovados esfuerzos a un Derecho de familia internacional necesitado de constante revisión.

**TÍTULO: PROTECCIÓN DEL MENOR Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL
ENTRE AUTORIDADES
COLECCIÓN “EL DERECHO DE LA GLOBALIZACIÓN”, N.º 2**

*Autor: Sandra García Cano.
Doctora en Derecho. Universidad de Córdoba.
Colex. Madrid, 2003.*

1. La presente obra, número dos de la colección “El Derecho de la globalización” que publica desde 2003 la Editorial Colex, y de la que es autora la doctora D.^a Sandra García Cano, constituye un estudio muy original de la materia por varios motivos. Se muestra como un *análisis transversal* de un campo difícil como es la protección de los menores en Derecho internacional privado. En efecto: no se trata del clásico examen de la protección de menores en Derecho internacional privado, sino de un análisis de las distintas instituciones jurídicas a través de las cuales se logra la protección del menor en Derecho internacional privado. De este modo, son objeto de estudio tres grandes áreas en el ámbito internacional: el secuestro internacional de menores, la adopción internacional y las demás instituciones de protección del menor. Aunque en su origen esta obra constituyó una tesis doctoral, la obra que ahora ve la luz es una versión sensiblemente mejorada y reducida de la que fue tesis doctoral brillantemente defendida en la Universidad de Córdoba y que obtuvo la máxima calificación por unanimidad del Tribunal encargado de juzgarla.

2. Pero además, esta obra estudia el tema elegido desde la óptica de la “cooperación internacional de autoridades” de distintos países. Esta técnica, que no es más que una variante cualificada del llamado “Derecho internacional privado material”, se presenta como una alternativa ideal en el panorama social actual caracterizado por la globalización de los derechos del niño y de su protección. Como bien dice la autora, los métodos clásicos del Derecho internacional privado —el “conflicto de jurisdicciones”, el “conflicto de leyes” y la “validez extraterritorial de decisiones”—, se habían mostrado poco prácticos a la hora de proteger al menor en los casos internacionales. Por ello, el capítulo I y el capítulo II se centran en el análisis de lo que significa la “cooperación internacional de autoridades”, mostrando la destreza de la autora en el conocimiento de esta “nueva técnica” de la que se vale el Derecho internacional privado.

3. Entrando más en profundidad en el contenido de la obra, conforme se avanza su ágil lectura se pueden apreciar los ricos matices de la misma, muy bien documentada y muy bien construida en torno a la idea de la “cooperación internacional de autoridades”. Así, se descubre una cooperación entre autoridades judiciales presente en el convenio de La Haya de 1996 sobre protección de

menores, de próxima ratificación por España; también se presenta un análisis de una cooperación entre autoridades no judiciales, como la que muestra el convenio de La Haya de 29 mayo 1993 sobre adopción internacional; finalmente aparece una cooperación internacional de autoridades judiciales y no judiciales en otros instrumentos internacionales, como los relativos al secuestro internacional de menores. Lo llamativo del estudio que se realiza es que suele ser normal que en toda tesis doctoral el autor acabe cayendo en un proceso de “retroalimentación” o *feed-back* con el tema de su tesis doctoral, de modo que acaba por *idealizar* el objeto de estudio. Este fenómeno, más bien sentimental pero poco científico, no es un pecado que se pueda imputar a la autora. El análisis de la adopción internacional, por ejemplo, es claro al respecto: la autora se coloca en una posición crítica con el sistema de “cooperación internacional entre autoridades no judiciales”, ya que este sistema no resuelve todos los complicados problemas de la adopción internacional ni elimina la constitución judicial de la adopción internacional en países como España.

4. El capítulo IV de la obra se revela como una especie de reflexión científica final de la autora sobre el contenido del Derecho internacional privado, tema nada fácil y objeto de infinitas discusiones doctrinales.

En el sector de la competencia internacional de autoridades, la autora detecta en este área un auge del foro de la residencia habitual del menor, fenómeno que no es en absoluto nuevo, ya que es el foro que los países anglosajones han utilizado generalmente en este tipo de materias. Es de destacar la lectura fuertemente crítica que la autora realiza del convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores en este punto, pues dicho convenio intentó conciliar lo inconciliable, creando dos grupos de autoridades competentes, las del país de la nacionalidad del menor y las del país de la residencia habitual del menor, sin que quede claro cuáles prevalecen en caso de conflicto. El Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores es más claro al respecto y acaba con la “doble competencia” de autoridades estatales en la materia.

En el sector del Derecho aplicable, qué duda cabe que la norma de conflicto multilateral, el paradigma savignyano, sufre una fuerte dislocación en la era de la globalización y en parcelas tan sensibles como la protección del menor. Por un lado se aprecia una tendencia, de origen anglosajón, a dar aplicación a la Ley del país cuyas autoridades conocen del asunto (= *Lex Fori in Foro Proprio*). Por otro, y esto es más importante, se aprecia un auge del *sustantivismo*, del “Derecho internacional privado material” construido sobre el interés superior del menor. No obstante, la lucha entre métodos de reglamentación en Derecho internacional privado es un *sueño recurrente*, un combate sin final: las nuevas soluciones sustantivas no desplazan nunca totalmente a las normas de conflicto que señalan la Ley aplicable a los aspectos no regulados por las todavía escasas normas materiales de Derecho internacional privado en la materia. La coexis-

tencia de métodos es la clave que utiliza la autora para describir con total solvencia el panorama de fenómenos tales como la adopción internacional.

Finalmente, en el sector de la validez internacional de decisiones, la autora aprecia dos puntos básicos de la nueva construcción. Por un lado, la exigencia de un procedimiento de colaboración de autoridades de distintos países para que pueda darse efecto a una decisión extranjera en materia de protección del menor. Por otro, el auge del llamado “reconocimiento de plano” y del “*exequatur* de plano”, auténticas *Full Faith And Credit Clauses* que permiten la libre circulación internacional de decisiones en materia de protección del menor.

5. Para terminar estas breves palabras sobre la obra objeto de recensión sólo queda recomendar al jurista interesado en temas internacionales que se lance sin temor a la lectura de una obra tan apasionante como bien escrita, lo que no es frecuente en los tiempos que corren, tan dados a obras tan voluminosas como poco atractivas y vacías de contenido real. Esta recomendación viene avalada también por que el libro constituye una poderosa mirada a un futuro que ya es presente en el campo de la protección del menor dentro del contexto de la globalización. Y en esta prospectiva, la obra se presenta como una guía segura, como un punto de referencia fundamental, para quien quiera entender los difíciles caminos de la protección del menor y de la colaboración internacional de autoridades.

CONCLUSIONES DEL CURSO DE DERECHO DE FAMILIA ORGANIZADO POR EL CGPJ Y LA JUNTA DE ANDALUCÍA SOBRE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Bajo la dirección del Juez de Familia de Málaga D. José Luis Utrera Gutiérrez, el pasado mes de mayo de 2003 se celebró en Jaén un curso de Derecho de familia organizado por el CGPJ y la Junta de Andalucía que tuvo por objeto unificar los criterios de aplicación de la nueva LEC. Fueron ponentes del curso: D. Pedro Herrera Puentes, Juez de familia; D. Javier Pérez Martín, Magistrado; D.^a M.^a José Vergara Pérez, Abogada de familia; D.^a Pilar Troncoso, Abogada de familia, y D. Francisco Serrano Castro, Juez de familia. Asistieron al curso numerosos jueces y magistrados destinado en juzgados de la Comunidad Autónoma andaluza.

Las *conclusiones* fueron las siguientes:

BLOQUE I

Cuestiones generales. Artículos 748 a 755.

1.^º Guarda y custodia y alimentos de hijos menores no matrimoniales.

Para la adopción de medidas provisionales, previas o coetáneas, y definitivas relativas a un hijo menor no matrimonial son de aplicación los mismos procedimientos que para la adopción de tales medidas cuando afecten a un hijo matrimonial, es decir artículo 770 para las medidas definitivas contenciosas, 777 para las consensuales, art. 771 para las medidas previas y provisionales y 775 para la modificación de medidas.

Dentro de las medidas a adoptar han de estar en su caso todas las relativas al régimen de guarda y custodia, incluyendo régimen de visitas, el derecho de alimentos, abarcando éste todo lo indispensable para el sustento, habitación (con posibilidad de atribución, al menos temporal, del uso de la vivienda propiedad del progenitor no custodio), vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista.

2.º Procedimiento para regular las relaciones del menor con la familia extensa (art. 160).

Se considera que, hasta que haya una regulación específica, se tramitará por el juicio verbal, con las peculiaridades propias que se señalan en el art. 770 y en Capítulo I del Libro IV de la vigente LEC.

3.º Parejas de Hecho (procedimiento a seguir para determinar las consecuencias jurídicas después de la ruptura).

a) Las relativas a las cuestiones económicas (adquisición de bienes, indemnización por convivencia, etc.) derivadas de la ruptura de una pareja de hecho se tramitarán por los cauces del juicio ordinario (art. 249.2 LEC) o del verbal (art. 250.2 LEC) atendiendo a su cuantía, la que en todo caso quedará por regla general determinada conforme a lo dispuesto en los arts. 251 y ss. de la LEC.

b) Respecto a las relaciones paterno-filiales se tramitarán, de conformidad con lo dispuesto en el art. 770.6 LEC, es decir, por el cauce procesal previsto para adopción de medidas que derivan de la separación, divorcio o nulidad matrimonial (conclusión primera).

c) No es posible la acumulación de ambos procesos a la vista de lo constatado en los arts. 76 y 77 de la LEC, ya que el riesgo de pronunciamientos contradictorios es mínimo, las sentencias no resultan en modo alguno incompatibles ni excluyentes, y además, como se ha puesto de manifiesto, los procesos declarativos por los que se sustancian no están sujetos a los mismos trámites.

4.º Procedimiento a seguir para solicitar la privación de patria potestad, si no se resolvió en las Sentencias de Separación o Divorcio.

Puede seguirse el trámite del artículo 770 de la LEC o bien, y a falta de una regulación expresa de la materia, sería de aplicación la regla residual del apartado 2.º del art. 249 de la LEC (interés económico que resulte imposible de

calcular, ni siquiera de modo relativo) y por tanto las demandas sobre privación de patria potestad se podrán sustanciar y decidir conforme a las reglas procedimentales del Juicio Ordinario.

5.º Intervención del Ministerio Fiscal (art. 749).

Su presencia en las vistas, comparecencias o prueba no viene legalmente impuesta como inexcusable, por lo que no deben suspenderse dichas diligencias si no comparece, salvo causa justificada, ni debe ser motivo de nulidad de actuaciones.

6.º Representación y defensa de las Partes (art. 750).

a) Las partes, salvo en los casos en los que deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, actuarán en todos estos procesos con asistencia de abogado y representadas por procurador.

b) Se detectan problemas cuando alguna de las partes interesa el derecho a la asistencia jurídica gratuita y se retrasa el nombramiento de los profesionales que la van asistir y representar. Esta situación puede ser especialmente problemática cuando se conecta con solicitudes de medidas provisionales previas. No estaría de más por tanto que los Colegios de Abogados y de Procuradores articulasen y regulasen un turno especial para los procedimientos de Familia y que en el caso de malos tratos los profesionales que asisten a la víctima de oficio en el ámbito penal estuviesen también facultados para asistir y representarla en el posterior procedimiento civil.

c) Por otro lado y especialmente en los supuestos en que existan hijos menores o se haya producido violencia, y para evitar dilaciones, los Juzgados deberían hacer uso de lo establecido en el art. 21 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996 para agilizar los nombramientos de abogado y procurador.

7.º Allanamiento.

Aunque se produzca el allanamiento de la parte demandada debe celebrarse vista.

8.º Prueba (art. 752).

a) Los procesos a los que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.

Como es de apreciar en los procesos matrimoniales el principio general de preclusión procesal, establecido en el art. 136 LEC, resulta alterado y en consecuencia los hechos objeto del debate no sólo podrán ser introducidos y alegados en la demanda, sino que también podrán serlo en cualquier momento posterior pero anterior a la sentencia.

En todo caso, el Tribunal deberá, ante la introducción de hechos de manera inesperada y a última hora, adoptar las cautelas necesarias para evitar que tal actuación genere situaciones de indefensión.

b) El Tribunal en este tipo de procedimientos, tanto en primera como en segunda instancia, podrá decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes.

Esta posibilidad para los procedimientos que nos ocupan está expresamente recogida en el párrafo segundo de la regla cuarta del art. 770 LEC.

c) Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable a la segunda instancia. Se podrán alegar hechos nuevos y proponer práctica de prueba más allá de los términos previstos en el art. 460.3 LEC, es decir, se permite hacer alegaciones y proponer pruebas sobre hechos no tenidos en cuenta en los escritos de demanda y contestación. Esta posibilidad puede chocar con el principio de la doble instancia, al ser cuestiones nuevas que sólo son enjuiciadas por la Audiencia.

d) Las anteriores especialidades no son de aplicación a las pretensiones que se formulen sobre materias de las que las partes puedan disponer libremente.

9.º Naturaleza jurídica de los procesos de familia y menores.

Los procesos matrimoniales y de menores no se corresponden en su tramitación totalmente con el juicio verbal, sino que participan de determinadas características propias de este último procedimiento, como también lo hacen del ordinario.

10. Trámite de conclusiones.

Es cierto que el art. 770 no contiene ninguna regla relativa al concreto desarrollo de la vista para los procesos de familia y que el contenido del art. 443 de la LEC, que regula esta materia para el juicio verbal, no hace alusión alguna al trámite de alegaciones finales. No obstante, resulta de interés al respecto lo dispuesto en el art. 185, precepto que con carácter general se dedica a la celebración de las vistas, al quedar insertado dentro del Título V (Actuaciones Judiciales) del Libro I de la LEC (Disposiciones Generales relativas a los Juicios Civiles). De tal contenido normativo se deriva que con carácter general en toda vista después de la práctica de la prueba las partes tienen de nuevo la palabra para, al menos, rectificar hechos o conceptos, si es que lo consideran necesario, sin que el contenido del art. 447 apartado 1.º conlleve una exclusión expresa de esta concreta actuación para los juicios verbales y por ende para los de familia; resultando por tanto aconsejable que ese concreto momento pueda ser aprovechado o utilizado por las partes para hacer las alegaciones o conclusiones finales que estimen oportunas acerca de la prueba practicada.

11. Exclusión de la publicidad.

Atendiendo a los intereses implicados en este tipo de procedimientos (los relacionados con las consecuencias derivadas de la ruptura de la vida en pareja), bastará con que una sola parte lo pida para acordar la exclusión de la publicidad, siempre y cuando el debate no se ciña exclusivamente a cuestiones que afecten a materias sobre las cuales las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable. A estas últimas les será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2.º del art. 138.

12. Alimentos para hijos mayores de edad.

Se pusieron de manifiesto dos posturas:

a) Si en un procedimiento de separación, nulidad matrimonial y divorcio se da la circunstancia de que ninguno de los progenitores solicita alimentos para los hijos mayores de edad, pero de lo actuado se desprende la existencia de tales descendientes, y además consta que conviven en el domicilio familiar y carecen de recursos propios para subsistir, el Tribunal de oficio deberá pronunciarse sobre esta materia, determinando, en su caso, su contenido y límites.

b) Para que el Juez se pronuncie sobre alimentos de hijos mayores de edad que conviven en el domicilio familiar han de ser solicitados por cualquiera de los progenitores.

13. Situación económica de la familia. Acreditación.

No es necesario que las partes pidan, de manera anticipada, el libramiento de determinados oficios con el fin de averiguar la situación económica de la otra parte, pues la carga de la prueba corresponde respecto a estas cuestiones a quien tenga más fácil acceso a la fuente probatoria (ver art. 217, en especial lo dispuesto en su apartado 6.º). Por tanto, si una de las partes no está conforme con los hechos aducidos por la otra en relación a su capacidad económica, deberá señalar los puntos en los que difiere y presentar con la contestación a la demanda y, en su caso, en el acto de la vista la documentación con la que pretende justificar esas diferencias.

Es decir, si una parte imputa a la otra ingresos importantes derivados de su actividad profesional y ésta no está de acuerdo con ellos, por considerar por ejemplo que está en el paro, no basta con negar lo primero y alegar lo segundo, sino que además deberá, al tener el control directo de su situación económica, presentar la documentación que obre en su poder o que pueda conseguir con el fin de desvirtuar lo alegado por la otra parte y acreditar lo referido por ella, lo cual en su caso puede ser completado a través de otros medios probatorios.

No obstante, si como consecuencia de la prueba practicada en el acto de la vista el resultado fuese contradictorio o debiera ser completado con otras diligencias probatorias, queda la posibilidad de la regla 4.ª del art. 770, en virtud de la cual el Tribunal, bien a instancia de parte o de oficio, puede practicar, en un

plazo no superior a treinta a días, las pruebas que estime necesarias para comprobar todas las circunstancias concurrentes y poder evaluar la situación económica de la familia.

13 bis. Audiencia del menor.

La audiencia del menor nunca debe practicarse en el acto de la vista ni en el acto de la comparecencia, debiendo procurarse, para evitar judicializaciones innecesarias de los menores, no hacer comparecer a los menores si no es a requerimiento expreso del Juzgado.

La audiencia debe hacerse de manera separada y en un lugar en el que aquel se encuentre lo más relajado y cómodo posible. Se ha de evitar en definitiva cualquier formalidad que pueda incomodarlo. Tampoco debe desarrollarse en presencia de las partes, sólo han de estar presentes el Ministerio Fiscal (art. 749.2 LEC) y el Juez o Magistrado (en algunos casos puede resultar aconsejable la presencia de un técnico del gabinete psicosocial).

BLOQUE II

Competencia y Procedimiento. Arts. 769 y 770.

Competencia. Art. 769 LEC.

14. *Juzgado competente cuando, después de la separación de hecho, los cónyuges residen dentro del mismo partido judicial, pero que no coincide con el último domicilio familiar.*

Este es un supuesto que no se contempla en el art. 769 de la LEC, pero debe entenderse que cuando se produce esta situación la competencia territorial corresponderá al juzgado donde tienen su domicilio ambos cónyuges. La base jurídica para seguir esta tesis es la siguiente:

— Aplicando la regla de competencia del domicilio del demandado interpretando que los cónyuges residen en partidos judiciales “distintos al del lugar del último domicilio familiar”.

— Teniendo en cuenta que el legislador distingue entre domicilio común y en distintos partidos judiciales, podrá presentarse la demanda en el juzgado del domicilio donde actualmente residen ambos cónyuges al ser domicilio procesal coincidente en el momento de presentarse la demanda.

15. *Juzgado competente para conocer del procedimiento de modificación de medidas.*

Aun cuando un auto del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2002 ha señalado que la competencia no corresponde necesariamente al Juez que dictó la sentencia, sino que se determina conforme a los arts. 769 y 771 LEC, se entiende más procedente acoger el criterio mantenido también por el Tribunal

Supremo en el auto de 10 de octubre de 2001, con motivo de resolver una cuestión de competencia territorial suscitada entre los juzgados de 1.^ª Instancia n.º 66 de Madrid y n.º 3 de Pamplona, donde se concluye que la referencia genérica “al Tribunal” debe entenderse que está referida al que dictó las medidas cuya modificación se pretende.

La expresión “podrán solicitar del tribunal la modificación” que se contiene en el art. 775 de la LEC nos hace inclinarnos por esta última opción y considerar que el tribunal que dictó las medidas definitivas es el único competente para modificarlas, siendo indiferente que concurran o no las reglas de competencias del art. 769 de la LEC. Esta tesis queda reforzada por lo dispuesto en el art. 61 de la LEC: “Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias”. Además, este ha sido el criterio que han venido sosteniendo prácticamente de forma unánime las Audiencias Provinciales.

Procedimiento. Art. 770.

16. Presentación de documentos con la demanda y problemas derivados de su no presentación.

En principio, y dejando a un lado los documentos que se refieran a hechos nuevos, se debe ser riguroso con lo dispuesto en la LEC en cuanto al momento de presentación de documentos que precluye con los escritos de demanda y contestación. No obstante, por lo que se refiere a medidas referentes a los hijos debe seguirse un criterio flexible y permitir su incorporación con posterioridad a dichos momentos procesales.

17. Solicitud de traslado de la demanda a los hijos mayores de edad, cuando en el procedimiento de divorcio se pretende modificar o extinguir la pensión alimenticia.

No se estima necesario emplazar a los hijos mayores de edad aun cuando en la demanda se solicite la extinción de la pensión alimenticia. No obstante, es conveniente que dichos hijos intervengan en el procedimiento como testigos pudiendo proponerse la prueba incluso de oficio por el propio tribunal si no lo solicitan las partes.

18. ¿Debe considerarse como una reconvencción la petición que se hace en el suplico de la demanda solicitando una medida de carácter dispositivo no solicitada por el actor, aun cuando ésta no se formule por separado en la forma prevenida por el art. 405 de la LEC (se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de Derecho)? ¿Cabe admitir como reconvencción la petición que se efectúa en los hechos o fundamentos jurídicos y luego no se contiene en el suplico?

Si en el suplico de la demanda se hace una petición concreta de medidas de carácter dispositivo que no se solicitaron con la demanda debe darse traslado a

la parte contraria para que la conteste, ya que hay que entender que se ha formulado reconvencción aun cuando no se haya formulado por separado.

19. Comparecencia personal de las partes, de sus letrados y procuradores.

La inasistencia de los propios cónyuges al juicio no es motivo para tenerlos por no comparecidos si están presentes sus procuradores y abogados. La sanción de dicha incomparecencia solo puede ser la prevista en el art. 770.3.^a, es decir que podrán considerar admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.

Si el abogado de una de las partes no comparece y no está justificada su ausencia puede celebrarse el juicio.

Si comparece el cónyuge personalmente al juicio, se debe ser flexible en la exigencia de la presencia del Procurador.

20. Proposición de prueba dentro del plazo de treinta días previsto para la práctica solo por el juez o cabe también la posibilidad de que las partes puedan solicitar nueva prueba o complemento de lo anterior.

Las partes solo pueden solicitar la prueba en el acto del juicio y nunca dentro del periodo de treinta días previsto para su práctica, salvo que se hayan alegado hechos nuevos.

21. Insuficiencia de las pruebas propuestas por las partes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Complemento o modificación tras la sugerencia del tribunal.

En relación con lo previsto en el art. 429 de la LEC se aclara que resulta aplicable a los procedimientos de familia, pero sin que ello suponga trasladar al tribunal la carga de la prueba.

22. Practicadas las pruebas ¿hay que celebrar nueva vista? ¿Se permite a las partes la emisión de conclusiones?

Aunque no existe un criterio unánime respecto a la celebración de nueva vista tras la celebración de las pruebas, especialmente cuando son documentales, sí se estima adecuado conceder a las partes un plazo para que formulen sus conclusiones por escrito.

23. Diligencias finales.

No se estima adecuado acordar su práctica, sin embargo se debe ser flexible en el plazo de prueba para el supuesto de que aún no se hayan cumplimentado algunos oficios que tengan influencia decisiva en la resolución del litigio.

24. *Inasistencia del Ministerio Fiscal a la vista.*

La inasistencia del Ministerio Fiscal al juicio, si ha sido citado en legal forma, no es motivo para declarar la nulidad de actuaciones, puesto que aun cuando sea preceptiva su intervención ello no quiere decir que obligatoriamente deba asistir al juicio.

25. *Cambio de procedimiento. Problemas de la no ratificación.*

Si se ha solicitado por las partes el cambio de procedimiento y luego uno de ellos no ratifica el convenio regulador, no se estima conveniente archivar el procedimiento, sino continuar el anterior procedimiento contencioso en el estado en que estuviese antes de solicitarse la transformación a consensual. No obstante, se ha barajado la posibilidad de conceder un trámite de alegaciones a las partes en relación con el convenio presentado, ya que se trata de un documento en el que las partes pactan unas medidas que se ha incorporado a los autos.

26. *¿Cabe aplazar la adopción de algunas medidas a la fase de ejecución?*

Teniendo en cuenta que no se establece en la LEC un procedimiento idóneo para la adopción de medidas en fase de ejecución de sentencia, se estima adecuado que todas las medidas se establezcan en la sentencia, y si no existen elementos suficientes de prueba para adoptar alguna de ellas puede indicarse que las partes podrán acudir al procedimiento de modificación de medidas cuando se haya cubierto el vacío probatorio

27. *Costas en los procedimientos de familia.*

En principio, en los procedimientos de separación y divorcio sin modificación de medidas el criterio de imposición de costas debe ser restrictivo; sin embargo, en el de modificación de medidas resulta conveniente efectuar un pronunciamiento de condena cuando la demanda es desestimada en su integridad y es manifiestamente temeraria.

28. *Cuestiones relacionadas con el recurso de apelación.*

1. Problemática de la interposición del recurso cuando con posterioridad se dicta un auto de aclaración de la sentencia: Validez del escrito de preparación del recurso de apelación interpuesto antes de que se subsanare la sentencia, sin que sea necesario volver a presentar un nuevo escrito.

2. Escrito en el que la parte recurre la sentencia sin designar particulares concretos: La remisión genérica en cuanto a que se apelan todos los pronunciamientos de la sentencia no es motivo para inadmitir el recurso de apelación.

3. Falta de traslado del escrito de interposición del recurso a la parte contraria: Inadmisión del recurso de apelación ante la falta de cumplimiento por

la recurrente del traslado preceptivo de la copia del escrito a la parte contraria que prevé el artículo 276 de la LEC.

4. Inclusión en el escrito de interposición del recurso de apelación de pronunciamientos que no se incluyeron en el escrito de preparación del recurso: En el escrito de preparación del recurso deben expresarse todos los pronunciamientos que son objeto de impugnación, sin que posteriormente pueda extenderse el recurso a otros pronunciamientos no contenidos en aquel escrito.

29. Procedimientos relativos a parejas de hecho.

Procedimiento de mutuo acuerdo: Se recomienda la utilización del art. 777 de la LEC cuando los pactos afectan exclusivamente a hijos. Si el convenio se refiere a una pareja de hecho sin hijos puede utilizarse la jurisdicción voluntaria.

Procedimiento contencioso: Se estima adecuado canalizar dicha petición por vía del art. 770 y resolver en él todas las cuestiones que afectan a los hijos, tanto sean mayores como menores de edad.

Si no existen hijos, habrá que estar a la cuantía del procedimiento y tramitar la petición por el verbal o el ordinario.

BLOQUE III

Medidas provisionales previas, coetáneas y definitivas. Arts. 771 a 774.

Medidas provisionales previas y coetáneas.

30. Juzgado Competente en las Medidas Previas.

El del lugar del domicilio del solicitante, ya sea accidental o, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil, el de su residencia.

31. *¿Se debe seguir manteniendo el requisito de urgencia para la adopción de las Medidas Provisionales propiamente Previas? (Art. 771.1).*

Ya no es necesario, desde el momento que el propio precepto contempla la posibilidad de unas medidas de carácter urgente (art. 771.2), por lo que para el resto de los supuestos las partes pueden elegir a su conveniencia el demandar unas Medidas Provisionales Previas o Coetáneas.

32. *Medidas Provisionales Previas urgentes (artículo 771.2): qué documentos se deben acompañar para acreditar las razones de urgencia.*

En caso de malos tratos, la denuncia y el parte de lesiones serían suficientes, o bien solo la denuncia, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos.

Podría servir también el informe emitido por una institución dedicada a la atención de las víctimas de violencia doméstica.

33. *¿En la comparecencia se pueden debatir solo y exclusivamente las Medidas solicitadas por la parte actora con su escrito inicial o se pueden completar o modificar por ambas partes?*

Ante la falta de asistencia técnica de la solicitud inicial, en la comparecencia se podrán introducir nuevas medidas, por la parte actora o demandada, con independencia de las demandadas en el primitivo escrito de solicitud.

34. *¿Qué prueba útil y pertinente se practicará en la comparecencia?*

Se practicará toda la prueba que reúna estas dos características en relación con las medidas objeto de controversia. Respecto de la testifical y sin perjuicio de que se reitere en los autos principales, como norma general no se entenderá necesaria, siempre teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y salvo que no se puedan acreditar los hechos controvertidos por otro medio de prueba.

35. *Inasistencia injustificada de una parte al acto de la comparecencia, presunción de veracidad de las alegaciones de carácter patrimonial de la parte que asista.*

Aplicación de esta presunción con carácter restrictivo y valorando el caso concreto.

36. *Admisión de alegaciones finales en la comparecencia.*

Si la comparecencia se celebra en un solo acto, será de aplicación el n.º 4 del artículo 185, realizándose al final de la vista un breve trámite de conclusiones.

37. *¿Si la comparecencia se suspende a la espera de la práctica de una documental habrá que, en unidad de acto, citar nuevamente a las partes para alegaciones finales, o se les puede dar traslado de la prueba documental para que efectúen alegaciones por escrito?*

Dado el volumen de trabajo que pesa en los Juzgados se daría traslado a las partes para que formularan alegaciones, sobre esta documental, por escrito.

38. *¿Es admisible la presentación de la demanda de nulidad eclesiástica para que subsistan las Medidas Provisionales Previas acordadas?*

En ningún caso la demanda de nulidad eclesiástica surte efectos en relación a lo prevenido en el n.º 5 del artículo 771 a fin de evitar la caducidad de las medidas.

39. *Posibilidad de adopción de Medidas Provisionales Previas si ya hay acordadas unas Medidas Definitivas en un procedimiento anterior.*

Con la actual LEC no es posible la adopción de Medidas Previas si hay acordadas unas Medidas Definitivas en un procedimiento anterior, sin perjuicio de que en un procedimiento posterior de Nulidad civil o Divorcio, siempre que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias, se pueda solicitar la modificación provisional de las medidas definitivas anteriormente adoptadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 775, n.º 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

40. *¿Cabría solicitar Medidas Provisionales una vez precluido el trámite de contestación a la demanda?*

En principio, precluido el trámite de contestación a la demanda no se podrían solicitar/adoptar Medidas Provisionales, salvo las Medidas en relación con los menores y conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil.

41. *¿ Son inmediatamente ejecutivas las Medidas Provisionales?*

Sí. No es de aplicación a estas Medidas el plazo de cortesía del artículo 548, ni tampoco los plazos previstos en el artículo 704 en relación con la vivienda habitual.

Medidas definitivas. Artículo 775.

42. *¿Si sólo se piden Medidas de carácter dispositivo el Juzgado podrá acordar de oficio la práctica de prueba?*

Conforme a lo dispuesto en el n.º 4 del artículo 752, si sólo se han solicitado las siguientes Medidas: Pensión compensatoria, la indemnización del artículo 98 del Código Civil y la compensación por la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, no se podrá acordar prueba por el juzgador, no siendo de aplicación, por tanto, las particularidades, que con respecto a la prueba y en los procedimientos de familia contienen los n.ºs 1, 2 y 3 del precepto ya invocado.

43. *Determinar qué Medidas Definitivas son ejecutivas inmediatamente, durante la tramitación del recurso que se interponga contra la sentencia que recaiga en el procedimiento principal, y en su caso de cuáles habría que instar su ejecución provisional.*

Sobre esta cuestión hay dos criterios:

a) Por un lado, los que estiman que todas las Medidas son inmediatamente ejecutivas desde el momento que el n.º 4 del artículo 774 no distingue y establece que los recursos no suspenderán la eficacia de las medidas, es decir, todas.

b) La otra corriente opina que serán inmediatamente ejecutivas las Medidas Definitivas relacionadas en el artículo 774 de la LEC y 91 del Código Civil, debiendo instarse la ejecución provisional para el resto de los pronunciamientos definitivos de la sentencia (ver conclusión anterior).

BLOQUE IV

Modificación de medidas. El procedimiento de mutuo acuerdo. Eficacia civil de resoluciones de tribunales eclesiásticos. Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Artículos 775 y 777 a 781.

Modificación de medidas, art. 775.

44. Trámite.

El trámite a seguir es el regulado en el art. 771, conforme al criterio de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en su Auto de 1-10-2002 recaído en Recurso n.º 928/2002.

45. La aplicación del procedimiento previsto en el art. 771 LEC tendrá las siguientes particularidades:

- Será necesaria la intervención de procurador y abogado.
- El párrafo segundo del n.º 2 se entenderá referido al artículo 777.
- El procedimiento finalizará por resolución apelable bien sea Auto o Sentencia.

46. Art. 775.3.º

La modificación provisional prevista en el n.º 3 del art. 775 sólo se aplicará en procedimientos de divorcio o nulidad posteriores al de separación.

Procedimiento de mutuo acuerdo. Art. 777.

47. Art. 777.2.º

La exigencia contenida en el n.º 2 relativa a “el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho” debe interpretarse con criterio amplio, no siendo necesario exigir documentos que acrediten la situación económico/patrimonial de las partes, ni, en los supuestos de divorcio, documentos que acrediten el cese de la convivencia bastando para ello con prueba testifical.

48. Art. 777.5.º

La exigencia contenida en el n.º 5 respecto a oír a hijos menores de edad se limitará a los supuestos en que se observe que las medidas respecto a ellos se apartan de la normalidad o pueden resultarles perjudiciales.

49. Intervención del Ministerio Fiscal.

Se debe intentar conseguir una mayor agilidad en la intervención del Ministerio Fiscal allí donde sea posible y para lograrlo se propone que con anterioridad a la ratificación, y con citación para la misma, se dé traslado al Ministerio Fiscal a fin de que su Informe sea evacuado antes o durante el acto de la ratificación, si llegado tal momento el referido Informe no se evacuara se entenderá que el Ministerio Fiscal se muestra conforme con el contenido del Convenio.

50. Contenido del art. 90 del Código Civil.

Al momento de decidir si aprobar o no la propuesta de Convenio Regulador formulada por las partes, se deberá interpretar con amplitud y flexibilidad el contenido del art. 90 del Código Civil, sin olvidar que el Convenio es un todo y que por tanto todas sus cláusulas están interrelacionadas entre sí.

51. Ratificación por poderes.

Sólo excepcionalmente se admitirá la ratificación mediante poder notarial otorgado por alguna de las partes si en tal poder consta literalmente transcrito el contenido íntegro de la propuesta del Convenio Regulador, y si se acredita la imposibilidad de la ratificación ante la presencia judicial de la parte que se trate.

Eficacia civil de resoluciones de tribunales eclesiásticos. Art. 778.

52. El n.º 2 del art. 954 de LEC de 3-2-1881, vigente en la actualidad según la excepción 3.ª del n.º 1 de la Disposición Derogatoria Única de la LEC de 7-1-2000, deberá ser interpretado conforme al criterio de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en Sentencia 664/2002 de 27 de junio.

53. En los supuestos en que, siguiéndose las actuaciones por los trámites previstos en el n.º 1, la parte demandada, al serle dada la oportuna audiencia, solicitara la adopción o modificación de medidas, se continuará el procedimiento por los trámites previstos en el n.º 2, sin necesidad de acordar el archivo del primer procedimiento y por tanto sin necesidad de iniciar uno nuevo.

Oposición a resoluciones administrativas de protección de menores. Artículos 779 a 781.

54. Se podrán adoptar medidas conforme al art. 158 del Código Civil antes de que el expediente administrativo llegue al Juzgado, siempre y cuando las medidas que se soliciten se hubieren interesado antes a la Administración encargada de la tramitación del referido expediente.

55. Se podrán adoptar las medidas cautelares del art. 727.11 LEC.

56. Se requerirá a la Administración para que aporte al Juzgado tantas copias del expediente como partes intervengan en el procedimiento, o en su caso se facilitarán copias para los Letrados a costa de su parte.

57. En los supuestos en que la Administración no aporte el expediente al Juzgado en el plazo previsto de veinte días, se procederá a requerir al funcionario responsable bajo apercibimiento de deducir testimonio por delito de denegación de auxilio del art. 412 del Código Penal.

58. De conformidad con lo previsto en el art. 753 de la LEC, al momento de dictar Sentencia habrán de tenerse en cuenta los hechos acaecidos a lo largo de todo el procedimiento tanto administrativo como judicial.

59. Los padres, tutores o guardadores deberán contar con asesoramiento letrado desde que se les comunique el inicio del expediente administrativo.

BLOQUE V

Ejecución: Artículo 776 y aplicación del régimen general a los procesos de familia. Liquidación del régimen económico matrimonial: Artículos 806 a 811 y concordantes.

Ejecución.

60. Legitimación.

Sólo estarán legitimados para intervenir en fase de ejecución, en un procedimiento matrimonial o de pareja de hecho, los cónyuges o integrantes de la pareja.

Sólo habrá sucesión procesal en el supuesto contemplado en el art. 101, párrafo 2 del Código Civil (pensión compensatoria).

61. Plazo de espera para la ejecución y momento desde el que procede.

a) No resultará de aplicación a los procedimientos de familia lo dispuesto en el art. 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente en los casos en los que se requiera una respuesta judicial urgente en ejecución de lo acordado.

b) Las pensiones se podrán reclamar desde el momento en que exista una resolución judicial que la establezca, pero tratándose de alimentos o contribución a las cargas familiares, esa reclamación se podrá solicitar y retrotraer al momento de la firma del Convenio o presentación de la demanda cuando se acredite que el obligado a prestarlas, durante ese tiempo, se despreocupó de atender a las necesidades de la unidad familiar.

62. Despacho de ejecución.

Toda demanda ejecutiva de reclamación de cantidad dará lugar a que se dicte Auto despachando ejecución, no sólo por la cantidad principal que se reclame, sino también por los intereses que pueda haber generado el impago por parte del ejecutado.

No será preciso requerir de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes tanto para garantizar el abono de sumas atrasadas como de pensiones no vencidas.

63. Caducidad.

El art. 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha de interpretar en el sentido de que los cinco años se han de contabilizar desde que se produjo el último incumplimiento y no desde la fecha de notificación de la Sentencia.

64. Cuestiones de ejecución no dineraria.

a) A fin de facilitar la ejecución en cuanto al lanzamiento del cónyuge que ha de abandonar el domicilio familiar, es conveniente que en la resolución judicial se fije el plazo o el día que se ha de producir ese abandono.

b) En ejecuciones originadas por incumplimiento del régimen de visitas, se ha de procurar que todos los Juzgados de Andalucía dispongan de la posibilidad de recurrir a Puntos de Encuentro Familiar a fin de facilitar y supervisar el desarrollo de las visitas.

c) En caso de incumplimiento por parte del progenitor no custodio y ante la imposibilidad del cumplimiento específico, se puede acudir, como medidas efectivas, a la imposición de multas coercitivas e, incluso, a la fijación de una indemnización a favor del custodio perjudicado por ese incumplimiento de una obligación personalísima de hacer.

65. Ejecución provisional.

La tramitación de la ejecución provisional se habrá de ajustar, en cuando a su desarrollo, al trámite procesal previsto para la ejecución ordinaria de resoluciones judiciales.

Liquidación de sociedad de gananciales.

66. Juzgado competente.

Los Juzgados de Familia sólo conocerán de liquidaciones cuando la disolución de la sociedad de gananciales se haya acordado por Sentencia de Separación, Divorcio o Nulidad. El Juzgado competente sería el que hubiera dictado el pronunciamiento en que se hubiera declarado la disolución.

67. Solicitud de inventario.

Se habrá de dar traslado del escrito a la contraparte a fin de que conozca los términos en que se formula la propuesta de inventario.

En fase de inventario sólo se ha de proceder a la determinación de los bienes que forman el activo y las deudas y cargas que constituyen el pasivo de la sociedad. La valoración y avalúo se ha de postergar a la fase posterior de la liquidación.

68. Juicio verbal.

En caso de discrepancia, el juicio verbal que se celebre sobre las partidas que han de formar parte del activo y pasivo se desarrollará sin limitación de medios probatorios y tendrá la eficacia de cosa juzgada la sentencia que recaiga.

69. Comparecencia ante el secretario. Artículo 809.1.

En ella se habrá de delimitar aquello sobre lo que exista acuerdo y de los puntos sobre los que se deba discutir en el juicio verbal, señalándose en el acto día y hora para la vista.

70. Honorarios.

En fase de liquidación, los honorarios de peritos y contador partidario formarán parte del pasivo ganancial en cualquier caso, y aunque las partes dispongan del beneficio de Justicia Gratuita.

71. *Juicio verbal.*

En el posterior juicio verbal o declarativo que puedan tener lugar, una vez que por las partes no se acepte la liquidación contenida en el cuaderno particional, no se podrá volver a discutir sobre el inventario que se hubiera aprobado por Sentencia o acuerdo alcanzado en la precedente comparecencia celebrada en fase de formación de inventario.

Sólo podrán discutirse las partidas incluidas sin la intervención de una de las partes, o cuando se trate de bienes o deudas que no se hubieran incluido en esa fase por causas ajenas a la voluntad de las partes (p. ej. cuando la formación de inventario se hubiera iniciado antes de disolverse la sociedad y aparecieran nuevos bienes o se asumieran o cancelaran nuevas deudas).

VIII JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA DE SEVILLA

Durante los días 25 y 26 de septiembre de 2003 se celebran en Sevilla (Salón de Actos de Caja San Fernando. Chicarreros, s/n) las VIII Jornadas de Derecho de Familia que organiza Enfoque XXI en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla y la Asociación Española de Abogados de Familia. Los ponentes y temas a tratar son los siguientes:

— D.^a María Ornos Fernández. *Aspectos esenciales de la Regulación civil y penal del menor*. La protección del menor: Causas. Órganos competentes. Procedimiento de menores extranjeros no acompañados. La actuación penal con menores: Principios sustantivos y procesales de la Ley Penal del Menor.

— D. Javier Pérez Martín. *Las Uniones de Hecho*: Prestaciones económicas entre convivientes, liquidación del patrimonio, convenios extrajudiciales y procedimiento consensual y contencioso.

— D. Ramón Tamborero del Pino. *Los Convenios reguladores*: Naturaleza jurídica de los convenios reguladores no sometidos a homologación, eficacia jurídica de los contratos preconviveniales, impugnación después de la ratificación, causas.

— D. Luis Zarraluqui Sánchez Eznarriaga. *La Extinción de la pensión compensatoria*. Cese del desequilibrio, matrimonio, convivencia y nacimiento de hijos, prescripción, nulidad del matrimonio, fallecimiento.

— D.^a Mercedes Caso Señal. *Disyuntivas ante el procedimiento de modificación de efectos de sentencia*: Procedimiento a seguir, legitimación para su planteamiento, la posibilidad de adoptar medidas provisionales, la reconvencción en pleitos de modificación, la modificación de sentencia no firme, la modificación en ejecución de sentencia y la modificación de sentencia por la vía consensual.

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

Salario Mínimo Interprofesional (SMI) para 2003

14,74 euros/día o 451,20 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					

**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

1. Reclamación de la filiación paterna extramatrimonial.

- Estimación de la demanda de reclamación de paternidad respecto de una persona que falleció 12 años antes de entrar en vigor la Constitución no siendo aplicable la legislación anterior que restringía la acción de los “hijos ilegítimos”. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 13 de julio de 2002*).
- Las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por lo que la negativa a someterse a ella —que se ha declarado médicamente inocua y que en modo alguno atenta a la intimidad y a la seguridad—, es un indicio especialmente valioso y significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 17 de julio de 2002*).
- La prueba biológica no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona; no atenta a los derechos a la intimidad, ni a la integridad física, con excepciones que pueden darse en un sujeto concreto. No es lícito, desde la perspectiva de los arts. 14, 24.1, 39 y 118 CE, 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. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 20 de septiembre de 2002*).

2. Impugnación de la filiación paterna matrimonial.

- El cómputo del plazo para la caducidad de la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial, tal y como indica el art. 136 del CC, comienza desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento, y no resulta por tanto aplicable lo establecido en el art. 141 del CC. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 26 de junio de 2002*).

II. RÉGIMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

- Desestimación de la demanda de tercería de dominio interpuesta por la esposa al constar las fincas inscritas como presuntamente gananciales, no teniendo trascendencia alguna la sentencia de separación matrimonial ya que sólo se pronunció sobre la atribución del uso y no sobre la propiedad. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 31 de mayo de 2002*).
- Ineficacia de la estipulación contenida en una transacción suscrita para liquidar la sociedad de gananciales y en virtud de la cual se pactaba la transmisión de la propiedad de unas fincas rústicas a favor de los cuatro hijos del matrimonio, al no haberse aceptado por estos antes de que el padre la revocase. El efecto de dicha declaración conlleva la nulidad de la transacción al romperse el equilibrio entre los contratantes. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 8 de julio de 2002*).
- A pesar de que la esposa firmó un documento en virtud del cual reconocía que su esposo era propietario del 50% de los bienes adquiridos bajo el régimen de separación de bienes, se desestima la demanda ya que el citado documento no contiene un negocio jurídico traslativo de dominio, bien sea de naturaleza onerosa, bien gratuita, sino un mera declaración de reconocimiento de dominio. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 19 de julio de 2002*).
- Carácter privativo de un inmueble construido antes de contraerse el matrimonio aun cuando figure en el Registro de la Propiedad con carácter presuntivamente ganancial. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 19 de septiembre de 2002*).

III. PATRIA POTESTAD

- La despreocupación y alejamiento temporal al menos externo y formal entre el padre y el hijo, sin perjuicio de la concurrencia de posibles desavenencias con la madre, no constituye causa suficiente para decretar privación de la patria potestad. Procedencia de la fijación de un régimen de visitas controlado y graduable atendiendo a las circunstancias que vayan concurriendo. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 9 de julio de 2002*).

IV. RÉGIMEN DE VISITAS

- Fijación de régimen de visitas entre las menores y los abuelos, tíos y primos de la familia materna, ya que las malas relaciones existentes entre el padre y los familiares de la madre fallecida no pueden influir en la concesión de dicho régimen, y aunque es cierto que existe el temor fundado de posibles versiones manipuladas que estos les puedan hacer llegar a las menores sobre la muerte de la madre que hagan al padre su responsable directo, deben establecerse los medios correctores: apercibir a los familiares maternos de tal circunstancia y controlar por el equipo técnico el resultado de las visitas. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 20 de septiembre de 2002*).

V. CONVENIO REGULADOR

- Rescisión de la escritura pública que contenía un convenio regulador en virtud del cual el esposo, en dación de pago de la pensión compensatoria, transmitía a la esposa una serie de inmuebles, al haberse efectuado el negocio jurídico en fraude de acreedores. (T.S., Sala 1.^a, S. de 20 de mayo de 2002).

VI. UNIONES DE HECHO

- El plazo para el ejercicio de una acción rescisoria por fraude de acreedores de la venta realizada por un conviviente de hecho en favor de la conviviente nace con el conocimiento de los hechos básicos en que aquella se funda y no desde la fecha de la transmisión fraudulenta. (T.S., Sala 1.^a, S. de 27 de mayo de 2002).
- Atribución del uso de la vivienda familiar a la hija menor de edad fruto de una relación *more uxorio* mientras conviva con la madre y en tanto carezca de recursos propios e independientes. (T.S., Sala 1.^a, S. de 11 de julio de 2002).
- Para fijar la cuantía de la pensión alimenticia no puede atenderse únicamente a la edad del menor y las necesidades normales que se presentan cuando tiene poca edad, sino que también es necesario atender a los ingresos del progenitor obligado al pago de la pensión. Fijación de una pensión compensatoria a favor de la conviviente aplicando analógicamente el art. 97 del Código Civil y no la teoría del enriquecimiento injusto. (T.S., Sala 1.^a, S. de 16 de julio de 2002).

VII. EFICACIA CIVIL DE RESOLUCIONES CANÓNICAS

- No concesión de efectos civiles a una sentencia de nulidad al haber comparecido la esposa en el procedimiento canónico. (T.S., Sala 1.^a, S. de 27 de junio de 2002).

VIII. CAMBIO DE SEXO

- Denegación de la modificación de cambio de sexo y nombre en la inscripción de nacimiento solicitada por un transexual al ser incompleta la operación quirúrgica a la que se ha sometido. (T.S., Sala 1.^a, S. de 6 de septiembre de 2002).

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

- Concesión de exequátur a una sentencia de divorcio dictada por tribunales argentinos, pues aun cuando no existe una norma internacional de reconocimiento de sentencias entre España y Argentina, no está acreditada la reciprocidad negativa, queda acreditada la firmeza de la sentencia y la competencia de los tribunales argentinos. (T.S., Sala 1.^a, Auto de 17 de septiembre de 2002).

X. SUCESIONES

- Estimación de la demanda de reclamación de filiación extramatrimonial, al ser imprescriptible la acción de reclamación, y de petición de herencia, teniendo los reconocidos derecho a la legítima estricta sin necesidad de ejercicio de una nueva acción en un procedimiento ulterior, realizándose las operaciones oportunas en fase de ejecución de sentencia. (T.S., Sala 1.^a, S. de 9 de julio de 2002).

XI. CONTRATO DE VITALICIO

- Pactado entre las partes un contrato de vitalicio en virtud del cual unos ceden a favor de otros unos bienes a cambio de alimentos, éste no puede rescindirse por la sola voluntad de los primeros, y si no quieren convivir con los segundos en su domicilio procede fijar una prestación periódica para dar cumplimiento a lo pactado. (T.S., Sala 1.^a, S. de 9 de julio de 2002).

XII. ERROR JUDICIAL

- Inexistencia de error judicial en la sentencia que desestima una demanda de modificación de medidas por considerar que no se han alterado sustancialmente las circunstancias. (T.S., Sala 1.^a, S. de 5 de julio de 2002).

XIII. PENAL

- Condena por un delito de alzamiento de bienes y por otro de impago de pensiones al padre que voluntariamente deja su puesto de trabajo con la finalidad de imposibilitar el cobro de las pensiones fijadas en la sentencia de divorcio. (T.S., Sala 2.^a, S. de 8 de julio de 2002).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

- Desestimación de la demanda de nulidad matrimonial ya que aun cuando es cierto que en la decisión de contraer matrimonio tuvo cierta influencia el interés por favorecer al otro contrayente, inmigrante ilegal, también es cierto que al matrimonio le precedió una época de noviazgo sin que se discuta la realidad de la relación afectiva y sexual anterior y posterior a él. (AP ALICANTE, Sec. 4.^a, S. de 13 de septiembre de 2002).

- Declaración de nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales del contrayente, al acreditarse la existencia de síndrome maniaco depresivo con estados de excitación y disminución del intelecto. (AP PONTEVEDRA, Sec. 2.ª, S. de 26 de febrero de 2003).

II. GUARDA Y CUSTODIA

- Atribución de la guarda y custodia compartida por períodos de tres meses, ya que durante el tiempo en que se ha venido ejecutando esta medida no se ha apreciado que haya repercutido negativamente en los hijos. (AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 25 de octubre de 2002).

III. RÉGIMEN DE VISITAS

- Dada la profesión del padre, maquinista de RENFE, que le obliga a ausentarse de su domicilio algunos fines de semana, resulta razonable la posibilidad que la sentencia otorga, previa la adecuada notificación, de sustituir los fines de semana alternos por días laborables de descanso, y ello aunque se trata de períodos en que la menor esté escolarizada o asista a guardería. (AP SEVILLA, Sec. 6.ª, S. de 15 de julio de 2002).

IV. VIVIENDA FAMILIAR

- No procede limitar el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad conyugal, sino hasta que el más pequeño de los hijos alcance la independencia económica o al menos la mayoría de edad si, atendidas las circunstancias del caso, dicho interés continuara representando el más necesitado de protección. (AP TOLEDO, Sec. 1.ª, S. de 20 de enero de 2003).
- Atribución al esposo de la obligación de abonar en exclusiva las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pero no en concepto de alimentos, sino como una obligación autónoma sin perjuicio de los reembolsos que procedan en el momento de la liquidación. (AP TOLEDO, Sec. 1.ª, S. de 20 de enero de 2003).
- Estimación de la demanda de desahucio por precario e inexistencia de comodato en el supuesto en el que los padres ceden la vivienda a uno de los cónyuges y posteriormente se produce la separación o el divorcio. (AP BADAJOZ, Sec. 1.ª, S. de 19 de febrero de 2003).

V. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

- Aumento de la pensión alimenticia de los hijos al haber experimentado un aumento sustancial los ingresos del padre, con independencia de que sus necesidades no hayan experimentado un evidente aumento, pues es suficiente con que uno solo de los factores se haya modificado sustancialmente. (AP SEVILLA, Sec. 8.ª, S. de 11 de diciembre de 2002).

VI. PENSIÓN COMPENSATORIA

- Aun cuando está admitida jurisprudencialmente la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, en el presente caso no procede establecer límite alguno, pues sin desconocer que la esposa es aún joven y que durante su estancia en Suiza estuvo trabajando, la dedicación que tiene que prestar a los hijos impide establecer dicha limitación. Por el contrario el padre se dedica a sus ocupaciones y actividades sin las preocupaciones, atenciones, tareas y desvelos que implica la educación y el cuidado diario de los hijos. (*AP SEVILLA, Sec. 5.ª, S. de 13 de septiembre de 2002*).
- Si no se estableció pensión compensatoria en el Convenio regulador de la separación, posteriormente no puede fijarse, ya que los avatares posteriores que sufra cada cónyuge ni pueden ni deben afectar al otro, porque de lo contrario sería mantener una dependencia inexistente entre ambos. (*AP SEVILLA, Sec. 8.ª, S. de 11 de diciembre de 2002*).

VII. CUESTIONES PROCESALES

- Nulidad de actuaciones al no haberse dado traslado a las partes del oficio remitido a una empresa a fin de que certificase los ingresos del actor. (*AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, S. de 10 de diciembre de 2002*).

VIII. CONVENIO REGULADOR

- Validez y eficacia de un convenio regulador suscrito por los cónyuges aunque posteriormente el esposo se negase a su ratificación judicial, e inexistencia de cosa juzgada por la circunstancia de que el juez de familia no lo tuviese en cuenta para decidir las medidas en relación con la contribución de las cargas del matrimonio. (*AP NAVARRA, Sec. 2.ª, S. de 16 de diciembre de 2002*).
- No supone en modo alguno vulneración de intimidad el hecho de que el progenitor no custodio, por un motivo como es el de la enfermedad de un hijo, le visite en su domicilio, ni siquiera aunque en él viva un tercero, pues es evidente que, en circunstancias como la mencionada, los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad prevalecen sobre los derechos de intimidad e inviolabilidad del domicilio. El tiempo de estancia debe fijarse por los propios cónyuges atendiendo a las circunstancias concretas. (*AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, S. de 30 de enero de 2003*).

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

- No aplicación de las limitaciones de embargo del sueldo previstas en el art. 607.2 de la LEC cuando la deuda que mantiene el esposo es en concepto de pensión compensatoria. (*AP SEVILLA, Sec. 5.ª, Auto de 16 de julio de 2002*).

- Aun cuando en la sentencia dictada en el procedimiento de modificación de medidas solo acordó la extinción de la atribución del uso de la vivienda, en fase de ejecución puede solicitarse el lanzamiento de la ocupante, teniendo legitimación para ello el actor a pesar de que no sea el propietario de la vivienda, que en el presente caso pertenece a un hermano suyo. (*AP LLEIDA, Sec. 1.ª, Auto de 30 de enero de 2003*).
- Si en el convenio regulador se pactó que se suspendería el régimen de visitas en caso de que el padre no acreditase, mediante los correspondientes certificados, que estaba siguiendo un tratamiento de deshabituación a sustancias tóxicas, puede solicitarse la ejecución por vía del art. 709.4 de la LEC, al tratarse de un deber personalísimo. (*AP GIRONA, Sec. 2.ª, Auto de 3 de febrero de 2003*).

X. REGÍMENES ECONÓMICOS

- Carácter privativo del inmueble adquirido después de la separación de hecho con fondos propios del marido aun cuando en la escritura pública de compra-venta manifestase que compraba para su sociedad conyugal y posteriormente se inscribiese en el Registro a nombre de los esposos. (*AP BALEARES, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de octubre de 2002*).
- Habiendo suscrito los cónyuges con anterioridad un convenio regulador en el que liquidaban la sociedad de gananciales, aun cuando la esposa no llegó a ratificarlo judicialmente, no procede tramitar procedimiento alguno de liquidación, dada la eficacia y validez de aquel documento. (*AP MADRID, Sec. 19.ª, S. de 8 de noviembre de 2002*).
- Carácter privativo del inmueble adquirido durante el periodo de reconciliación posterior a dictarse la sentencia de separación, ya que el régimen económico vigente en ese momento era el de separación de bienes, habiendo quedado además acreditado que la totalidad del dinero desembolsado para su compra fue abonado por el esposo. (*AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, S. de 11 de noviembre de 2002*).

XI. FILIACIÓN

- Desestimada la demanda de impugnación de la paternidad no matrimonial al haber transcurrido cuatro años desde que la madre tuvo conocimiento del reconocimiento y desde que el demandado dio posesión de estado a la menor. (*AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, S. de 13 de enero de 2003*).

XII. UNIONES DE HECHO

- Existencia de un patrimonio común en una unión de hecho que se prolongó durante aproximadamente 11 años, de la que nacieron dos hijos, existiendo cuentas bancarias conjuntas y habiendo adquirido bienes en común, no siendo obstáculo para tal declaración que algún bien de ellos figure exclusivamente a nombre de uno de los convivientes. (*AP ALICANTE, Sec. 7.ª, S. de 25 de septiembre de 2002*).

- Concesión de una indemnización por enriquecimiento injusto a favor de la conviviente tras la ruptura de la convivencia al haberse acreditado la dedicación de la conviviente a la familia. (*AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, S. de 23 de diciembre de 2002*).

XIII. TEMAS PENALES

- Condena por un delito de amenazas al esposo que, tras recibir el auto de medidas provisionales, en presencia de sus hijos menores, exhibe un cuchillo de grandes dimensiones a la esposa con el propósito de atemorizarla mediante el anuncio serio y real de causarle la muerte. (*AP JAÉN, Sec. 1.ª, S. de 17 de septiembre de 2002*).
- Condena por un delito de detención ilegal al que encerró bajo llave a su compañera sentimental en una habitación de la casa durante varias horas. (*AP PONTEVEDRA, Sec. 2.ª, S. de 6 de febrero de 2003*).

XIV. OTRAS CUESTIONES

- Se estima el recurso contra el auto que inadmitió a trámite la demanda de incapacitación basada en el alcoholismo, ya que éste puede en abstracto encuadrarse sin dificultad en el concepto de enfermedad o deficiencia física o psíquica, permanente, y susceptible de anular o mermar sensiblemente la capacidad natural del sujeto, y puede en concreto constituir causa de incapacitación cuando el grado de dependencia que introduce en el comportamiento de la persona condicione y comprometa el conjunto de sus intereses personales y patrimoniales, privándoles de la cobertura y protección adecuadas. (*AP SEVILLA, Sec. 2.ª, Auto de 22 de noviembre de 2002*).
- Aun cuando se ha acreditado que la esposa se dedicó durante la convivencia a la casa e hijos, al no existir desequilibrio patrimonial entre los esposos no procede conceder la indemnización del art. 41 del Codi de Família. (*AP GIRONA, Sec. 1.ª, S. de 10 de enero de 2003*).
- Condena a una fundación que gestiona adopciones ante la no prestación de todos los servicios contratados, así como por el daño moral causado a los solicitantes de adopción. (*AP BARCELONA, Sec. 16.ª, S. de 10 de febrero de 2003*).