

EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

Hay que ver los problemas que nos está dando el procedimiento de modificación de medidas. Cuando se promulgó la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil todos vaticinábamos los criterios tan dispares que seguirán los juzgados para sustanciar este tipo de acciones. Unos seguirían el tenor literal del art. 775 de la LEC que nos remite al art. 771 del mismo cuerpo legal, y otros, justificando el error del legislador, acudirían al art. 770. En el fondo a los juristas nos da igual que se tramite por uno u otro cauce procesal, pero lo que sí queremos saber antes de presentar la demanda es el criterio que tiene el juzgado donde presumiblemente se turnará y por extensión el criterio que va a mantener la correspondiente Audiencia Provincial.

Aunque el Tribunal Supremo no es partidario de admitir muchos recursos de casación en materia de derecho de familia (lo que por otra parte es lógico cuando lo único que se pretende es que nuestro más alto tribunal se convierta en una tercera instancia reduzca o eleve, o en su caso extinga la cuantía de la pensión alimenticia o compensatoria), ha tenido ocasión de pronunciarse, aunque sea en un *obiter dicta*, sobre el cauce procesal adecuado para sustanciar las peticiones de modificación de medidas. El auto de 1 de octubre de 2002 ha venido a dar el respaldo definitivo a la tesis mayoritaria que consideraba que habría que dar cumplimiento al tenor literal del art. 775 de la LEC. Señala el Tribunal Supremo que “apareciendo concebida y regulada la modificación de medidas como una cuestión incidental, a resolver por Auto, según establece el art. 771.4 LEC 2000, precepto que ciertamente se contrae a las ‘Medidas provisionales’, pero al que se remite explícitamente el art. 775.2 LEC 2000, relativo a las ‘Medidas definitivas’, sin que la referencia al art. 771 pueda entenderse como un mero error material o errata, pues no ha sido objeto de rectificación en las Correcciones aparecidas en el BOE de 14 de abril y en el de 28 de julio de 2001 y, además, la redacción del art. 775.2 actual era idéntica en el precepto equivalente del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de octubre de 1998 (véase el art. 777.2, con remisión entonces al art. 773), e igualmente idéntico era el art. 775.2 del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de fecha 26 de diciembre de 1997, sin que se calificase en el *iter* legislativo tal remisión de equivocada; es más, en el Informe

al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en sesión de 11 de mayo de 1998, de modo explícito ‘se considera también acertada la previsión recogida en el artículo 775, actualmente prevista en el artículo 91 del Código Civil, sobre la posibilidad de modificar las medidas definitivas siempre que variaran sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para aprobarlas o acordarlas, resultando igualmente razonable que el trámite para la modificación de las medidas sea el del artículo 771 o el del artículo 776, en función de que la petición se haga o no de común acuerdo’. La conclusión es obvia, el Legislador, con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de las Medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como ‘cuestión incidental’ a resolver mediante Auto”.

Pero si esta resolución ha servido para “aclarar” un poco el panorama procesal, también debemos citar otra resolución del Tribunal Supremo que en esta ocasión sirve para sembrar la duda sobre una cuestión que antes casi todos teníamos muy clara: qué juzgado sería competente para tramitar el procedimiento de modificación de medidas. Era un lugar común que sólo el juzgado que acordó las medidas era el competente para modificarlas. Sin embargo, el 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. El razonamiento empleado en este caso es el siguiente: “Definidos en los antecedentes los términos del presente conflicto negativo de competencia territorial, procede resolverlo declarando que el conocimiento del asunto corresponde al Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Sevilla, ya se aplique el art. 769.1 LEC, puesto que ambos litigantes tienen su domicilio en dicha ciudad, ya el art. 771.1 por remisión del art. 775.2, sin que pueda aceptarse el criterio del auto dictado por la titular de dicho Juzgado porque, una vez recaída sentencia firme de divorcio, la modificación de medidas definitivas no se configura en el Capítulo IV del Título I del Libro Cuarto de la LEC como un incidente del juicio de divorcio ni como ejecución de la sentencia que le ponga fin. Es más, una interpretación de las normas sobre competencia ajustada al principio constitucional de tutela judicial efectiva permite descartar inmediatamente en este caso el fuero de Logroño, pues aunque un Juzgado de dicha ciudad dictara hace ya más de trece años las sentencias de separación y divorcio, resulta que los litigantes contrajeron matrimonio en Sevilla, en esta misma ciudad vivieron hasta su traslado a Logroño y a la misma volvieron luego, hasta el punto de haberse tramitado ya en Sevilla un anterior procedimiento de modificación de medidas en el año 1985, de suerte que obligar ahora a los litigantes a pleitear en Logroño carecería por completo de justificación legal y razonable alguna”. ¿Significa esta última resolución un cambio de criterio en nuestro más alto tribunal? Para contestar a esta pregunta no puede perderse de vista el caso que se analizaba: un procedimiento de modi-

ficación de medidas en que el actor y el demandado viven en Sevilla y que circunstancialmente estuvieron residiendo en Logroño, donde obtuvieron sentencia de separación y divorcio. Iría en contra del sentido común forzar a los ex cónyuges a sustanciar todos sus procedimientos matrimoniales en los juzgados de Logroño cuando ambos residen en Sevilla. Desde esta óptica debe entenderse la resolución, pero parece lógico que deba mantenerse el criterio imperante antes de esta resolución, y por tanto considerar competente para modificar las medidas a aquel tribunal que previamente las acordó.

Cada día nos sorprende más el Derecho de Familia.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- El interés público en los procesos de familia. *Helena Soletto Muñoz* . 23
- La atribución del uso de la vivienda familiar ante la crisis de las “*uniones de hecho*” desde la praxis judicial. El artículo 96 del CC y el juicio verbal por precario en la nueva LEC. *Antonio-Alberto Pérez Ureña* 55

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 69
- I. **Menores** 69
 - 1. *Sentencia 124/2002, de 20 de mayo* 69
 - 2. *Sentencia 120/2002, de 20 de mayo* 84
- TRIBUNAL SUPREMO 95
- I. **Filiación** 95
 - 1. Reclamación de filiación paterna extramatrimonial (*S. de 26 de julio de 2001*) 95

	<u>Página</u>
2. Reclamación de la filiación paterna extramatrimonial e impugnación de la matrimonial (<i>S. de 3 de noviembre de 2001</i>) .	98
3. Impugnación del reconocimiento de filiación paterna (<i>S. de 26 de noviembre de 2001</i>)	101
II. Patria potestad	103
1. Aun cuando la madre es una disminuida psíquica al estar aquejada de insania mental y no encontrándose en su cabal juicio, la circunstancia de que no se procediera a su previa incapacitación no es motivo de nulidad del procedimiento que finalizó privándola de la patria potestad, ya que la misma actuó por medio de Procurador y Abogado en defensa de sus derechos tanto en primera como en segunda instancia (<i>Auto de 18 de septiembre de 2001</i>)	103
III. Regímenes económico matrimoniales	105
1. Gestión y disposición de bienes	105
1.1. Habiendo reconocido el esposo en capitulaciones matrimoniales que la finca fue comprada por la esposa con dinero privativo de ella, ésta no necesita del consentimiento de aquél para venderla por tener la libre disposición de la vivienda sin que pueda aplicarse al supuesto la presunción de ganancialidad al haber sido desvirtuada por el reconocimiento hecho por el marido (<i>S. de 25 de septiembre de 2001</i>)	105
1.2. Carácter ganancial de la deuda generada por la prestación de un aval por parte del esposo a favor de la empresa familiar que constituía el medio económico para el sustento de la familia (<i>S. de 28 de septiembre de 2001</i>)	108
2. Liquidación de gananciales	110
1. Calificación de bienes (<i>S. de 7 de septiembre de 2001</i>) .	110

	Página
2. Habiéndose suscrito constante el matrimonio un contrato de compraventa sin que aún se haya producido la entrega del inmueble, procede incluir en el activo los derechos que puedan corresponder a la sociedad de gananciales en virtud del contrato de compraventa (<i>S. de 22 de octubre de 2001</i>)	112
3. Uniones de hecho	115
1. Plena equiparación entre el padre biológico y la persona que convive de forma estable con la madre y sus hijos, a los efectos de fijar la indemnización como consecuencia del fallecimiento de una hija en accidente de circulación (<i>S. de 17 de septiembre de 2001</i>)	115
2. Adquirido un inmueble en documento privado, la circunstancia de que la compradora inicie con posterioridad una relación de unión de hecho con un tercero, y que en la escritura pública del inmueble aparezca que se adquiere por mitad y pro indiviso por ambos convivientes no le otorga la propiedad al conviviente que no figuraba en el documento privado, sin que pueda entenderse que existe una donación encubierta al no constar la misma en escritura pública (<i>S. de 22 de septiembre de 2001</i>)	118
4. Cuestiones procesales	121
1. Estimación del recurso de revisión interpuesto por la madre residente en el extranjero contra la sentencia dictada en primera instancia que atribuyó la guarda y custodia de los hijos al padre, al apreciarse la existencia de maquinaciones fraudulentas por ocultación maliciosa del domicilio de la madre, forzándose el emplazamiento por edictos (<i>S. de 24 de septiembre de 2001</i>) .	121
5. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras	124
1. Concesión de exequátur a la sentencia de divorcio de dos españoles dictada en Venezuela al no existir razones para considerar que la competencia judicial internacional de los tribunales de Venezuela haya sido buscada fraudulentamente por las partes (<i>Auto de 18 de septiembre de 2001</i>)	124

	<u>Página</u>
2. Denegación del exequátur de una sentencia de divorcio dictada en Cuba al no haberse salvaguardado suficientemente las garantías de audiencia y defensa en el proceso de origen porque la citación al esposo se hizo por edictos y la sentencia fue dictada en rebeldía sin haberse demostrado por la parte solicitante del exequátur que la ausencia de la otra parte al proceso fue por mera conveniencia, convicción o por causa voluntaria (<i>Auto de 18 de septiembre de 2001</i>)	126
3. Admisibilidad de que se cursen directamente, por medio de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados contratantes, las notificaciones de los documentos judiciales, siempre que el destinatario de la comunicación sea un nacional del Estado de origen (<i>Auto de 25 de septiembre de 2001</i>)	129
4. No concesión de exequátur a la transacción judicial alcanzada por las partes para liquidar la sociedad de gananciales y partir la herencia, ya que su reconocimiento debe efectuarse por vía del art. 323 de la nueva LEC (<i>Auto de 25 de septiembre de 2001</i>)	130
6. Penal	133
1. Condena por un delito de abandono de menores a la madre que deja solo en casa a un hijo de 23 meses, sin que tenga virtualidad alguna la alegación de que pensaba que lo cuidaría una hermana mayor, pues no dejó al menor con una delegación concreta sino que lo hizo sin confiarlo expresamente a ninguna persona mayor (<i>S. de 4 de octubre de 2001</i>)	133
7. Incapacidad	136
1. Necesidad de que la Audiencia Provincial practique el reconocimiento de la presunta incapaz antes de declarar la incapacidad total cuando en la sentencia de instancia solo se declaró parcial (<i>S. de 15 de octubre de 2001</i>)	136

	Página
8. Cuestiones fiscales	138
1. Las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal gozan de exención en el ITP, y ello se refiere a todos los actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherente al régimen económico conyugal, siendo esta tesis, de otra parte, la mantenida para todo tipo de aportación de bienes. No obstante, cualquier transmisión o donación efectuada entre cónyuges se encuentra sometida a tributación ordinaria, sin gozar de exención, pues esas operaciones son ajenas, como tales, a todo acto de aportación al régimen económico matrimonial (<i>S. de 2 de octubre de 2001</i>)	138
9. Sucesiones	143
1. Estimación de la acción rescisoria por fraude de acreedores al acreditarse la existencia de una deuda anterior a las donaciones efectuadas por los padres en favor de los hijos sin haberse reservado bienes para subsistir los donantes, no exigiéndose por otro lado una insolvencia total en los deudores (<i>S. de 10 de septiembre de 2001</i>) .	143
2. Rescisión de la donación efectuada por los padres a favor de los hijos aun cuando la exigibilidad de la deuda surgiese con posterioridad a la donación, ya que no resulta preciso para la acción rescisoria por fraude de acreedores que el crédito anterior fuese exigible, pues basta su existencia para que pueda ser objeto de fraudulento impago (<i>S. de 11 de octubre de 2001</i>) ...	145
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	149
I. Alimentos	149
1. Inaplicación del art. 152.5 del Código Civil al supuesto en el que el hijo no sigue su formación ni busca trabajo, no procediendo la extinción de la pensión sino, conforme a lo establecido en el art. 260 del Código de Familia, la pérdida de todo derecho a compensarse de los gastos necesarios para la continuación de su formación, conservando tan solo el escaso derecho de alimentos consistente en los auxilios necesarios para la vida (<i>TSJ CATALUÑA, S. de 3 de junio de 2002</i>)	149

	Página
II. Pensión compensatoria	153
1. No se atisba razón social alguna que conduzca a la inexorabilidad de un plazo a fijar para la pensión compensatoria, plazo que, además, obligaría a adivinar <i>ex ante</i> la cesación de la situación de desequilibrio, cuando la Ley ofrece mecanismos suficientes para modular una situación que se fija <i>rebus sic stantibus</i> (TSJ CATALUÑA, S. de 4 de marzo de 2002) ..	153
AUDIENCIAS PROVINCIALES	159
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	159
1. Desestimación de la demanda de nulidad matrimonial, ya que no estando la demandada aquejada de un brote o crisis esquizofrénica ni en el momento anterior ni en el posterior inmediato a la prestación del consentimiento, ha de inferirse con cierta seguridad que no lo estaba en el momento mismo de la celebración del matrimonio, por lo que aunque hubiese abandonado el tratamiento y tuviese nula conciencia de su enfermedad no puede afirmarse que tuviese sus facultades mentales limitadas hasta el punto que le impidiesen prestar válidamente el consentimiento matrimonial. AP BURGOS, Sec. 3.ª, S. de 28 de enero de 2002	159
2. Estimación de la demanda de divorcio al haber transcurrido más de un año desde la interposición de la demanda de separación contenciosa aun cuando posteriormente la esposa desistiera de la misma. AP SEVILLA, Sec. 6.ª, S. de 6 de febrero de 2002 .	161
3. Dentro del número 1.º del art. 81, hay que incluir no sólo el supuesto en que ambos cónyuges pidan conjuntamente la separación, o uno con el consentimiento del otro, sino que también comprende la petición por separado cuando, en un proceso contencioso, el demandado formula reconvencción, o sin hacerlo explícitamente alega causas distintas imputables al contrario. AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 7 de febrero de 2002 .	162
II. Patria potestad	163
1. El desinterés mantenido por el padre respecto a su hija durante más de cinco años con abandono absoluto del deber de alimentarla justifica la privación de la patria potestad. AP A CORUÑA, Sec. 1.ª, S. de 19 de febrero de 2002	163

	Página
2. Al no quedar acreditado que el mantenimiento de la patria potestad pueda afectar negativamente en el futuro al menor no procede acordar la privación. <i>AP MURCIA, Sec. 5.ª, S. de 5 de febrero de 2002</i>	164
III. Guarda y custodia	165
1. Cambio de guarda y custodia dando cobertura legal a la guarda que <i>de facto</i> venía ejerciendo el progenitor no custodio. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 22 de enero de 2002</i>	165
2. Atribución de la guarda y custodia del hijo próximo a cumplir la mayoría de edad a la madre, si bien se permite que éste pueda permanecer en el domicilio de la abuela, a la que la madre entregará la cantidad establecida para su alimentación. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 19 de febrero de 2002</i> ...	166
3. Habida cuenta que puede ser más perjudicial para el desarrollo de los menores el atribuirle la guarda y custodia a uno solo de los progenitores, acreditada la dependencia que cada uno de ellos ha desarrollado con el progenitor que convive, procede que cada hijo permanezca con un progenitor. <i>AP SEVILLA, Sec. 5.ª, S. de 25 de febrero de 2002</i>	167
IV. Régimen de visitas	169
1. Procedencia de las visitas entre la abuela y la menor, ya que los problemas entre los adultos no pueden constreñir los derechos de la menor a relacionarse con su familia biológica, máxime cuando esa relación ya ha existido con anterioridad y ha sido estrecha y beneficiosa para la niña. <i>AP MURCIA, Sec. 1.ª, S. de 4 de febrero de 2002</i>	169
2. Unión a los fines de semana del día festivo inmediato posterior. <i>AP A CORUÑA, Sec. 5.ª, S. de 11 de febrero de 2002</i> .	170
3. No procede que la madre abone los gastos de desplazamiento del hijo al lugar de residencia del padre para el desarrollo de la visita puesto que la distancia geográfica entre domicilios ya se conocía cuando se dictó la sentencia de separación y nada se pidió en este sentido. <i>AP NAVARRA, Sec. 2.ª, S. de 22 de febrero de 2002</i>	171

	<u>Página</u>
4. Fijación de un régimen de visitas restrictivo ya que el interés y la predisposición del padre para estar con sus hijas son muy escasos. <i>AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, S. de 26 de febrero de 2002</i> .	173
V. Vivienda familiar	174
1. No atribución del uso de la vivienda familiar cuando ésta está ocupada por la hermana del esposo que es propietaria, junto con éste, del 50% del inmueble. <i>AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 6 de febrero de 2002</i>	174
2. Admisibilidad de atribuir el uso de viviendas distintas de la familiar. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 7 de febrero de 2002</i> .	175
3. Si el esposo venía obligado a abonar el 50% de las cuotas de la hipoteca, el hecho de que la esposa haya cancelado anticipadamente el préstamo no le exime de seguir abonando dicha cantidad. <i>AP ALBACETE, Sec. 1.ª, S. de 12 de febrero de 2002</i> .	175
4. Teniendo en cuenta que el uso de la vivienda familiar se atribuye al esposo, se encuentra pertinente que él mismo se haga cargo del abono del préstamo hipotecario sin que su pago dé derecho posteriormente a incluir un crédito a su favor por este concepto en la liquidación de la sociedad de gananciales. <i>AP LEÓN, Sec. 2.ª, S. de 28 de febrero de 2002</i>	176
VI. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	177
1. Obligación de los hijos de abonar por partes iguales el coste que supuso la permanencia de la madre en una residencia geriátrica una vez descontada la cantidad que percibía la madre. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 8 de enero de 2002</i> ..	177
2. No acreditado que el bajo rendimiento escolar haya sido producido con carácter voluntario por parte del hijo y sí por problemas físicos y personales del mismo, es procedente mantener la pensión alimenticia fijada para que intente reanudar su carrera universitaria. <i>AP PALENCIA, S. de 4 de febrero de 2002</i>	180
3. Admisibilidad de fijación de una pensión alimenticia entre cónyuges después de haber mediado una separación de hecho entre ellos. <i>AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 11 de febrero de 2002</i>	181

	Página
4. No puede privarse a los hijos de la pensión alimenticia por la circunstancia de que residan con los abuelos y no con la madre. <i>AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, S. de 22 de febrero de 2002</i> .	182
VII. Pensión compensatoria	184
1. Teniendo en cuenta que el trabajo desarrollado por la esposa es a tiempo parcial, debido a que su actividad laboral tiene que compatibilizarla con el cuidado y atención de los hijos menores, no procede extinguir la pensión compensatoria. <i>AP MURCIA, Sec. 1.ª, S. de 4 de febrero de 2002</i>	184
2. Fijación de una pensión compensatoria a la esposa aun cuando ésta realice trabajos de limpieza por horas, ya que la atención a las necesidades de los dos hijos le impide realizar una jornada de trabajo completa. <i>AP ALBACETE, Sec. 1.ª, S. de 12 de febrero de 2002</i>	185
3. La asunción voluntaria de nuevas cargas familiares fruto de una relación posterior no es motivo para reducir la cuantía de la pensión compensatoria. <i>AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, S. de 28 de febrero de 2002</i>	186
4. Extinción de la pensión compensatoria en fase de ejecución de sentencia al haber quedado acreditado por reconocimiento de la esposa que está conviviendo maritalmente con un tercero, sin que para dicha extinción sea necesario acudir a un procedimiento de modificación de medidas. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 5 de marzo de 2002</i>	187
VIII. Cuestiones procesales	188
1. No cabe ampliar en el escrito de interposición del recurso los motivos de oposición que quedaron determinados en el escrito de preparación. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 1 de febrero de 2002</i>	188
2. Admisibilidad del recurso de apelación aun cuando no se exprese en el escrito de preparación los pronunciamientos de la sentencia que se recurre. <i>AP A CORUÑA, Sec. 6.ª, S. de 5 de febrero de 2002</i>	189
3. Inadmisión del recurso de apelación al no haberse preparado dentro de plazo con traslado del escrito al procurador de la contraparte. <i>AP MADRID, Sec. 24.ª, Auto de 7 de febrero de 2002</i>	190

	Página
4. La remisión que hace el art. 775 a lo dispuesto en el art. 771 debe entenderse referida única y exclusivamente a las normas procedimentales de tramitación a seguir, pero no en cuanto a la imposibilidad de recurrir la resolución dictada en primera instancia en sede de una modificación de medidas. <i>AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 12 de febrero de 2002</i>	190
IX. Ejecución de sentencias	191
1. Cuando queda acreditada la fecha de la convivencia del hijo con el padre, cesa para este último la obligación de abonar los alimentos, según venía establecido en el auto de medidas provisionales que se estaba ejecutando. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 11 de enero de 2002</i>	191
2. No procede descontar de la reclamación de atrasos de la pensión alimenticia la cantidad que abonó el padre en concepto de inscripción de la hija en un campamento de verano. <i>AP MADRID, Sec. 24.ª, Auto de 17 de enero de 2002</i>	193
3. Abono de la pensión alimenticia desde la fecha de presentación de la demanda, sin que para ello sea necesario un pronunciamiento expreso, ya que se produce <i>ex lege</i> . <i>AP MADRID, Sec. 24.ª, Auto de 13 de febrero de 2002</i>	194
4. Desestimación de la oposición a la ejecución, ya que no cabe alegar como motivo la pluspetición. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Auto de 25 de febrero de 2002</i>	195
X. Regímenes económicos	196
1. Denegación de autorización para la venta de un bien ganancial. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 11 de enero de 2002</i> ...	196
2. Las cantidades que procede incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales por el pago del préstamo hipotecario son las abonadas por el esposo desde la firmeza de la sentencia de separación y no desde el dictado del auto de medidas provisionales. <i>AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 31 de enero de 2002</i> .	197
3. Inclusión en el activo del importe actualizado del valor que el negocio ganancial tenía en la fecha de su transmisión. <i>AP MURCIA, Sec. 4.ª, S. de 28 de febrero de 2002</i>	198

	Página
XI. Filiación	199
1. No procede excluir al padre de las funciones de la patria potestad ya que no se opuso a considerarse padre de la menor sino que sólo quería hacerlo sobre una base cierta y segura. <i>AP BALEARES, Sec. 5.ª, S. de 2 de febrero de 2002</i>	199
2. Nulidad del reconocimiento de la filiación efectuado ante el Registro Civil una vez acreditado que el actor no adquirió un conocimiento completo y terminante de que no era el padre biológico del niño hasta que se practicó la prueba destinada a comprobar tal situación. <i>AP SEVILLA, Sec. 6.ª, S. de 11 de febrero de 2002</i>	201
XII. Procedimientos de menores	202
1. Inexistencia de situación de desamparo, ya que la guarda de hecho ejercida por los abuelos se hacía de forma adecuada, si bien se aprecia la existencia de una situación de riesgo, que precisa la intervención de los servicios sociales. <i>AP VIZCAYA, Sec. 4.ª, Auto de 3 de enero de 2002</i>	202
2. En la apelación contra el auto que acuerda la adopción no puede volver a discutirse lo resuelto en el incidente de oposición. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 18 de enero de 2002</i> .	204
3. Declaración de desamparo de una menor y constitución de la tutela ordinaria nombrando para tal cargo a la guardadora de hecho. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Auto de 30 de enero de 2002</i> .	206
XIII. Uniones de hecho	208
1. Existencia de precario en la ocupación de la vivienda por parte del compañero sentimental del propietario, sin que sea de aplicación la Ley de Parejas Estables al ser posterior, además de no concurrir en la pareja los requisitos exigidos en dicha norma. <i>AP BALEARES, Sec. 5.ª, S. de 11 de febrero de 2002</i> ...	208
2. No fijación de pensión compensatoria ni indemnizatoria en una pareja de hecho, ya que no ha acreditado la conviviente la imposibilidad de trabajar, ni la situación de desequilibrio que le origina el cese de una relación de muy corta duración. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 22 de febrero de 2002</i>	210

	Página
XIV. Temas penales	213
1. Condena por un delito de impago de pensiones, al haberse acreditado a través de la Inspección de Trabajo que el padre realiza trabajos en un taller de joyería. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 3.ª, S. de 2 de febrero de 2002</i>	213
2. Absolución del delito de abandono de menores, ya que este implica que el menor o incapaz sometido a la guarda de una persona sea privado de ella y liberado a su propia suerte, y sin embargo, en el presente caso, lo que se ha producido es un abandono asistencial, que, en el caso de los padres, consiste en incumplir los deberes inherentes a la patria potestad. <i>AP GRANADA, Sec. 2.ª, S. de 6 de febrero de 2002</i>	214

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación	219
1.1. Si la madre biológica está determinada por el parto, no puede figurar como madre la mujer unida como pareja estable con la madre biológica, lo cual sólo es posible por medio de una adopción reservada en el Código Civil y en Cataluña a las parejas heterosexuales. <i>R. de 9 de enero de 2002</i>	219
1.2. Aun cuando las hermanas de un solo vínculo de la solicitante diesen su conformidad a la inscripción de la filiación paterna, esta no puede acordarse por vía del expediente del art. 49 de la LRC al constar la oposición del Ministerio Fiscal. <i>R. de 15 de enero de 2002</i>	221
1.3. Se inscribe la filiación matrimonial presumida del hijo de casada, porque no se ha probado que el nacimiento haya acaecido pasados 300 días desde la separación de los cónyuges. <i>R. de 18 de enero de 2002</i>	223
1.4. Para mantener los apellidos anteriores a la inscripción de la filiación paterna hay que tramitar expediente y no basta la sola declaración del interesado. <i>R. de 9 de febrero de 2002</i> .	226

	Página
2. Matrimonio	228
2.1. Inscripción del matrimonio celebrado entre español y dominicana que fue inicialmente denegada, al presentarse nuevos hechos y pruebas. <i>R. de 4 de enero de 2002</i>	228
2.2. No es inscribible el matrimonio celebrado por un español en Cuba en 1995, porque estaba ligado por un matrimonio anterior y la sentencia cubana de divorcio no ha obtenido el necesario exequátur del Tribunal Supremo. <i>R. de 1 de febrero de 2002</i>	229
3. Adopción	231
3.1. Cuando se extiende una nueva inscripción de nacimiento, conforme a la Instrucción de 15 de febrero de 1999, no es posible variar el lugar del nacimiento, aunque éste se haya hecho constar ficticiamente por ser el domicilio de los padres biológicos. <i>R. de 10 de enero de 2002</i>	231
4. Regímenes económico matrimoniales	233
4.1. Denegación de la anotación preventiva de embargo de un bien que pertenece con carácter privativo al cónyuge no deudor, pues para que pueda considerarse la deuda como ganancial se hace precisa una declaración judicial al respecto en un procedimiento entablado contra ambos cónyuges. <i>R. de 15 de abril de 2002</i>	233

DERECHO COMPARADO

— XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. El Derecho de Familia ante los retos del nuevo milenio	239
--	-----

TRIBUNA ABIERTA

— La extinción de la pensión compensatoria por la convivencia <i>more uxorio</i> del beneficiario	257
---	-----

	<u>Página</u>
— Falta de competencia objetiva y funcional de los Juzgados de Familia sobre anteriores procesos de alimentos provisionales y definitivos	262
— ¿Limitación temporal <i>ab initio</i> de la pensión compensatoria? ..	265

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores	277
---	-----

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

— Publicaciones, Noticias y Datos de Interés	283
--	-----

AVANCES JURISPRUDENCIALES

— Avances jurisprudenciales	301
-----------------------------------	-----

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL INTERÉS PÚBLICO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

HELENA SOLETO MUÑOZ

Prof.^a Dra. de Derecho Procesal

Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia

Universidad Carlos III

SUMARIO

- I. EL INTERÉS PÚBLICO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.**
 - II. ELEMENTOS DEL PROCESO AFECTADO POR EL INTERÉS PÚBLICO.**
 - III. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL PROCESO DE FAMILIA.**
 - IV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.**
 - V. INSUFICIENCIA NORMATIVA Y DISCRECIONALIDAD.**
 - VI. BIBLIOGRAFÍA.**
-

I. EL INTERÉS PÚBLICO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

La existencia de un interés público o social ⁽¹⁾ en el proceso de familia se puede defender desde dos puntos de vista: desde una visión economicista, en la que el objetivo del sistema público sea la reducción de costes sociales buscando un máximo de eficiencia, o desde un enfoque social, basado en criterios de protección a los más débiles y a las formas sociales tradicionalmente entendidas como necesarias por los ciudadanos.

Ambas argumentaciones se vincularían al Estado social de derecho (art. 1.º de la CE), en el que la “protección social, económica y jurídica de la familia” es establecida como principio rector de la política social y económica (art. 39). Así, dado que la familia es el vehículo básico de socialización de los individuos, es de interés social su mantenimiento, y como el Estado cumple una función protectora de los miembros más débiles de la sociedad, es relevante que la educación y cuidado proporcionados por la familia a sus miembros siga asumiéndose por ésta tras las crisis familiares, y que no se produzca un desplazamiento de funciones y costes a cargo del Estado, y que, por otra parte, los componentes de la familia sufran lo menos traumáticamente posible las crisis.

La ruptura de la familia que se produce ante la correspondiente escisión del matrimonio o pareja produce por sí misma costes de diversa naturaleza ⁽²⁾, con relevancia social inmediata si los afectados acuden a instancias judiciales para dotar de una nueva regulación a sus relaciones, o cuando alguno de los miembros deja de cumplir con sus funciones sociales y familiares, lo que justifica por sí mismo la intervención del Estado en la regulación de la crisis familiar, influ-

(1) Entendemos que a los efectos de la regulación procesal de familia se identifican los conceptos de interés público e interés social, si bien sería posible distinguirlos, tal como hace CEREZO ABAD, “El fiscal como defensor del interés social”, en RGLJ, 1965, T. I, pág. 67 y ss., que si bien destaca la dificultad de deslindar los conceptos de interés general, público, común y social, define el interés social ligándolo a la llamada legislación social, al igual que FLORES PRADA, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 373, que vincula el interés social a los fines del moderno Estado de Derecho.

(2) MACCOBY y MNOOKIN, *Dividing the child: social and legal dilemmas of custody*, Cambridge, 1994, pág. 21, apuntan que la formación de dos hogares plantea una dificultad económica por tres razones: la pérdida de economías de escala, la división del trabajo basado en el género y la existencia de consumo conjunto.

yendo en la toma de decisiones de los miembros de la familia por medio de ésta ⁽³⁾.

La regulación de la ruptura familiar se realiza con base en las normas materiales y a través del proceso en la mayoría de los casos, si bien parte de las crisis se resuelven particularmente, sin visado judicial.

La función del proceso de familia es establecer, de concurrir las causas tasadas por la ley, los efectos del cambio en la situación familiar, así como otorgar una regulación de las relaciones patrimoniales y personales de los miembros de la familia durante el proceso.

La regulación del proceso de familia se ha circunscrito hasta recientemente a la del proceso matrimonial, ignorándose otras formas familiares, sin embargo, en normas como la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se observa una ampliación de los procesos de familia, concretamente con aquellos destinados a establecer la guarda y alimentos para los menores de edad.

La protección de los hijos menores es en la actualidad el referente de todo proceso de familia ⁽⁴⁾, depurándose la finalidad de la regulación de la ruptura matrimonial de las leyes de 1981 de buscar la protección de los más débiles, procurando que éstos no sufran las consecuencias de la desavenencia, estableciendo al efecto medidas tales como la concesión del uso de la vivienda a los menores y al cónyuge que quede al cuidado de éstos, o la pensión compensatoria. Las secuelas de este sistema son patentes: se ha establecido un sistema en el que el cónyuge no guardador sufre todas las consecuencias de la crisis, independientemente de su culpa o voluntad, pues, si la ruptura familiar produce una

(3) BECKER, *The economic way...*, ob. cit., pág. 643, apunta que la aproximación económica a la familia asume que íntimas decisiones como divorciarse se alcanzan sopesando las ventajas y desventajas de acciones alternativas, y entre las que se pueden contar las resoluciones que hipotéticamente se puedan obtener a través del sistema de divorcio establecido. En el mismo sentido, MACCOBY y MNOOKIN, *Dividing...*, ob. cit., pág. 40, apuntan que las normas y procedimientos usados en los tribunales para resolver las disputas afectan a la toma de decisión, y no sólo en los casos decididos por un juez, sino también en aquellos otros en los que la crisis es resuelta fuera de los tribunales.

(4) En el art. 92 del CC se establece que “*la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*”.

Por el contrario, en el sistema inglés de los años ochenta, que propugnaba una ruptura “limpia” (“clean break”), no se establecía la obligación de contribuir a las cargas, con lo que las mujeres, sobre todo aquellas que tuvieran hijos, dependían fuertemente del régimen de asistencia social, aumentándose muy considerablemente los costes estatales por este concepto. Ante ello, en los últimos ochenta y primeros noventa se introdujeron regímenes de alimentos para niños, con lo que el mantenimiento de los niños y sus necesidades primarias se volvió a desplazar a la familia, y normalmente a cargo del padre trabajador. MNOOKIN, *Divorce*, www.law.harvard.edu/, pág. 1.

división de patrimonios y un aumento de gastos, la estabilidad de algunos de los miembros de la familia es correlativa a la merma de ella de los otros miembros ⁽⁵⁾.

Esta discriminación, comprensible en un sistema en el que la mujer no trabaja, en la actualidad no puede mantenerse, pues produce problemas de entidad: el padre deprimido económicamente por la imposición de las cargas alimenticias y el mantenimiento de un hogar propio posiblemente incumplirá dichas cargas, con el consecuente entorpecimiento de las relaciones entre los padres y por extensión con los hijos, establecimiento de acciones penales, etc. Además, la crisis personal que supone una ruptura será más difícil de superar en una situación de desigualdad, lo cual puede llevar a situaciones límite (agresiones, suicidios, etc.) ⁽⁶⁾.

Ante la insuficiencia de este sistema, se observa un desplazamiento del interés social hacia el menor, reforzado por la legislación de 1990 y 1996, y concretado en la equiparación *de facto* de los hijos matrimoniales y no matrimoniales a efectos de ruptura familiar.

En el ámbito del proceso matrimonial se han desarrollado en la práctica forense elementos que fomentan el equilibrio en la ruptura, tales como la temporalidad de la pensión compensatoria, o el recurso a sistemas de mediación, de gran relevancia en Europa. En cuanto al proceso de familia no matrimonial, la búsqueda del bien del menor ha provocado que en la nueva LEC de 2000 se haya introducido el proceso de guarda y alimentos, impidiéndose de esta forma la discriminación de los hijos no matrimoniales.

Por otra parte, se perfila la cuestión de la discrecionalidad judicial que se da en este tipo de procesos, correlativa a una falta de regulación mínimamente exhaustiva de éstos. La discrecionalidad produce litigiosidad, y desincentiva el

(5) MACCOBY y MNOOKIN, *Dividing...*, ob. cit., pág. 24, apuntan que para impedir que los costes aumenten desproporcionadamente sobre el cónyuge que abandone el hogar, la alternativa sería vender la vivienda actual y adquirir dos de menor coste, aunque ello no supondrá el escape del gran incremento de costes de dos hogares familiares comparado con los de uno.

(6) El interés social sobre la crisis familiar tiene en la actualidad un nuevo contenido: no se trata de proteger a los miembros más débiles de la familia, sino de otorgar un nuevo equilibrio a cada uno de sus miembros, facilitando su bienestar y la asunción de las cargas familiares que de otra manera habrían de adjudicarse al Estado. En este sentido, si lo deseable es que las partes regulen por sí mismas, dentro de lo posible, sus nuevas relaciones, pues además de producir mayor eficiencia los nuevos enfoques sociales exigen una mayor relevancia de la autonomía de la voluntad sobre estas cuestiones, la normativa vigente ha de facilitarlo.

acuerdo ⁽⁷⁾, además de producir situaciones de inseguridad jurídica que serían inconcebibles en otros campos distintos del familiar, por lo que nos manifestamos a favor del establecimiento de una regulación más concreta, posibilitando en todo caso que los órganos jurisdiccionales adapten las resoluciones a la situación de hecho cambiante que se presenta en la crisis familiar ⁽⁸⁾.

En el proceso de familia, dado lo característico de la materia debatida, existen elementos que lo apartan del proceso civil patrimonial, sobre el que tradicionalmente se ha producido el análisis doctrinal procesal, si bien determinados aspectos del proceso siguen basándose en el sistema patrimonial.

II. ELEMENTOS DEL PROCESO AFECTADO POR EL INTERÉS PÚBLICO

En los procesos de familia se ve trastocada la estructura tradicional del proceso civil, acercándose sus principios rectores a los propios del sistema inquisitivo, dada la concurrencia de elementos tales como el interés del menor, que lo apartan de una concepción patrimonialista del proceso. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta el grado de trascendencia en el individuo de las resoluciones civiles de familia, que se asemejan en cierta manera a las resultantes de un proceso penal, en el que los derechos fundamentales pueden verse limitados.

Indica VILLAGÓMEZ CEBRIÁN que las notas esenciales que caracterizan a estos procesos “informados por el principio inquisitorio” serían la existencia de un conflicto social y la consiguiente imposibilidad de composición del conflicto de forma independiente a la sentencia ⁽⁹⁾.

La afectación de las normas del proceso matrimonial por el derecho vinculante se traduce en que no se somete al principio dispositivo en lo relativo a las cuestiones que puedan ser de interés público, y en la consecuente falta de sujeción a las normas generales del proceso civil patrimonial.

⁽⁷⁾ COOTER y ULEN, *Law and economics*, Massachusetts (EE.UU.), 1997, pág. 357, señalaban, en relación con la teoría de la negociación, que el optimismo produce litigiosidad (optimism causes trial), y DEWARD, John, “Reducing Discretion in Family Law”, en *The changing family*, Oxford (RU), 1998, pág. 239, apunta que un sistema basado en gran medida en la discrecionalidad judicial es caro e ineficiente.

⁽⁸⁾ Observamos que los sistemas procesales menos regulados corresponden a los países que se entienden menos evolucionados, concediéndose consecuentemente una amplia discrecionalidad a los jueces. En este punto, nuestro país se encontraría entre los menos evolucionados de la Unión Europea.

⁽⁹⁾ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, “Consideraciones sobre la especialidad procesal de los juicios matrimoniales y su naturaleza jurídica”, *Actualidad Civil* núm. 21, 19-25 de mayo de 1997, pág. 481.

Entre los elementos procesales que indican una desvinculación del principio dispositivo, relacionado a su vez con la existencia de un interés público en la materia, podríamos señalar básicamente la indisponibilidad de las partes sobre el objeto principal del proceso, salvo en lo relacionado con la renuncia o el desistimiento, la determinación de fueros legales improrrogables, la determinación concreta de la legitimación⁽¹⁰⁾, la conversión del Ministerio Fiscal en parte, la falta de eficacia de la admisión de los hechos⁽¹¹⁾, la inexistencia de prueba legal⁽¹²⁾, y, sobre todo, la concesión al juez de una amplia discrecionalidad⁽¹³⁾.

(10) Mientras que en el proceso civil dispositivo la legitimación ordinaria radica en la simple afirmación del actor de la titularidad de un derecho y de la imputación al demandado de una obligación, en el no dispositivo se regula específicamente la legitimación de las partes, en concreto en los artículos 74, 75, 76, 81, 86 del Código Civil. MONTERO AROCA, *Los procesos matrimoniales*, Valencia, 1997, pág. 54.

(11) En el proceso no dispositivo, el juez no se encuentra vinculado por los hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra. *Ibidem*, pág. 56. Así se indica en el artículo 752 de la LEC de 2000 respecto de las pretensiones sobre las que las partes no tengan poder de disposición.

(12) Indicaba MONTERO respecto al sistema anterior que la prueba de confesión con juramento decisorio no era admisible cuando versara sobre cuestiones sobre las que no cabe transacción, de acuerdo con lo indicado en los artículos 1237 y 1814 del CC, y en cuanto a la prueba documental, señalaba que no existe norma que excluya su valor legal, pero que debe negársele porque no puede imponerse al juez la existencia de un presupuesto fáctico que tenga como consecuencia la aplicación de la correlativa norma de *ius cogens*. *Ibidem*, pág. 56 y 57.

En este sentido, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se concreta en el artículo 752, inscrito en el capítulo sobre disposiciones generales relativas a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores que el tribunal no está vinculado a las reglas sobre fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, documentos públicos y documentos privados reconocidos, salvo que las pretensiones que se formulen puedan ser disponibles.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, “Consideraciones sobre la especialidad...”, *ob. cit.*, pág. 482, apunta, más genéricamente, que la naturaleza inquisitoria de estos procesos confirma que sus principios rectores se encuentran en la esfera de la socialización o publicización del proceso civil, por lo que la vigencia de principios como el de aportación se ve reducida ante el incremento de la del principio de investigación, y las obligaciones de las partes se ven aumentadas.

(13) Todos estos elementos concurren en la regulación que de los procesos matrimoniales se realiza en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que GÓMEZ COLOMER, *El nuevo proceso civil: Ley 1/2000* (con Montero, Barona y Montón), Valencia, 2000, pág. 795, engloba entre los “procesos no dispositivos”.

A) Normas de competencia.

En relación con la competencia territorial, se ha establecido la prohibición de acuerdos entre las partes para determinar la competencia territorial (fueros convencionales); frente al criterio general de la Ley de Enjuiciamiento Civil de disponibilidad del fuero territorial del artículo 54 ⁽¹⁴⁾ se ha establecido la improrrogabilidad de forma expresa en relación con los procesos matrimoniales y de menores ⁽¹⁵⁾.

B) Funciones del juez de familia.

Entre las funciones del juez de familia se distinguen potestades y cargas distintas de las del juez civil, cuya base es la especial materia sobre la que ha de pronunciarse, y en la que el interés público se manifiesta porque dicha materia afecta al estado civil y a la situación de menores de edad: además de la posibilidad de pronunciarse sobre cuestiones sobre las que las partes no hayan solicitado resolución alguna (relacionadas con los menores de edad), ha de garantizar el bien del menor, pudiendo adoptar en todo caso y momento las medidas protectoras que considere más idóneas, de acuerdo con lo indicado en el artículo 158 del Código Civil tras la nueva redacción dada al precepto por la Ley del Menor.

También se le otorga una potestad supervisora del bienestar de las partes; así, está legitimado para rechazar los acuerdos de los cónyuges gravemente lesivos para uno de ellos (art. 90 del CC), y, en relación con el objeto principal del proceso, la necesidad de que el juez llegue a la convicción de la concurrencia de las causas de separación, nulidad o divorcio —eliminando por tanto la posibilidad de conceder la separación o el divorcio amparado en la simple solicitud de las partes, dado que en nuestro ordenamiento la simple voluntad de separación no es causa según la ley para obtenerla— le faculta para acordar

(14) MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil* (con Gimeno Sendra y Cortés Domínguez), Madrid, 2001, pág. 61 y ss.

(15) CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, vol. II (trad. de la 3.ª ed. italiana por Casais y Santalo), Madrid, 1977, pág. 813 y 814, señala que en estos procesos “la competencia territorial es, de ordinario, competencia funcional y, por lo tanto, improrrogable”.

En el artículo 769.4 de la LEC se establece la obligación del juez de examinar de oficio su propia competencia, elemento introducido a instancias del GS y CiU, frente al criterio general que se sigue manteniendo de la fungibilidad del juez competente materialmente (art. 58).

cualquier prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 770.4 de la LEC, que le permita llegar a tener la certeza de la existencia de la causa legal de que se trate⁽¹⁶⁾.

C) Intervención del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal⁽¹⁷⁾, ha de ser preceptiva cuando en el proceso se ventilen asuntos sobre estado civil o que conciernan a menores de edad; sin embargo, hasta la aprobación de la nueva Ley de enjuiciamiento civil, su intervención en los procesos sobre menores no había sido impuesta legalmente.

CARPI apunta que la presencia del Ministerio Fiscal en un proceso civil es un punto de encuentro entre el principio inquisitivo y el dispositivo y un medio para conciliarlos. En materia civil, el Ministerio Público italiano no puede ejercer la acción salvo en presencia de una regulación expresa, cual es el caso del proceso de familia, en el que su intervención es obligatoria, bajo

(16) CHIOVENDA, *Principios...*, ob. cit., pág. 815, se refiere, como efecto del interés público existente y la consecuente restricción de las normas dispositivas, al debilitamiento de “*los vínculos que por razones de oportunidad rodean comúnmente la iniciativa del juez civil en la selección de los hechos influyentes en la decisión*”, reforzándose el deber de investigación, y confiándosele en ocasiones el impulso procesal.

(17) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. II, *Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria* (con Herce Quemada), Madrid, 8.^a ed., 1979, pág. 116 y ss., señala la intervención del fiscal en estos procesos como un indicio del interés público existente, por el que ha de velar, pues el Estado tiene un interés directo, tanto en impedir que un matrimonio sea declarado nulo o disuelto sin causa suficiente como en que no prevalezca un matrimonio inexistente o nulo en sí, y que de aquí resulta que se limite el principio dispositivo en estos procesos y que el Ministerio Fiscal intervenga ejercitando un derecho-deber con todas las facultades procesales de parte. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, “Consideraciones sobre la especialidad de los procesos...”, ob. cit., pág. 483, indica que la participación del Ministerio Público en estos procesos “*revela la vigencia y extensión del principio inquisitivo y limita el grado de libertad de las partes*”.

CHIOVENDA, *Principios...*, ob. cit., pág. 813 y ss., señala que una consecuencia del interés del Estado en las relaciones objeto del proceso es “*la frecuente participación del Ministerio Público en el proceso, como actor o como conclusionante*”.

Advierte MONTERO, *Los procesos...*, ob. cit., pág. 54 y 55, que hay que diferenciar la actuación del Ministerio Fiscal como parte necesaria y como representante en juicio de los incapaces; en el primer caso estaría actuando en defensa del interés público, mientras que en el segundo de los intereses privados de los incapaces.

pena de nulidad, y que consiste al menos en su audiencia en todos los procedimientos ⁽¹⁸⁾.

En relación con los procesos matrimoniales, la regulación de su actividad ha sido criticada, por encontrarse insuficientemente codificada, o por considerarse superflua o inapropiada en esta clase de procedimientos de carácter privado ⁽¹⁹⁾.

En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el contenido de la DA 8.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ha sido retomado en el artículo 749, ampliándose el campo de intervención obligatoria, siendo su intervención preceptiva en los procesos de incapacitación, nulidad y filiación, por un lado, y por otro, en los demás procesos matrimoniales y de menores cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o ausente.

En cuanto a las funciones a desempeñar, ha de acudir a las comparecencias, emitir informes sobre las cuestiones relacionadas con los menores, incluso en los procedimientos de común acuerdo (art. 777.5 de la LEC), pudiendo recurrir la decisión judicial que apruebe la propuesta de convenio de los cónyuges si lo considera incompatible con el interés público, y también, en sede de medidas

(18) CARPI, “La justice en matière familiale en Italie”, en *Familles et Justice*, París, 1997, pág. 129. Señala el mismo autor que sin embargo esta audiencia es en la práctica más formal que sustancial, ya que la preocupación mayor por los asuntos penales produce una menor asistencia a las causas familiares (algo similar ocurre en la práctica española, en la que en muchos casos la audiencia del fiscal es documental).

(19) En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995, pág. 728 y ss., se indica que “*la intervención en el proceso civil de un órgano del Estado imparcial, distinto del órgano jurisdiccional que dirime la contienda, supone una disfunción en un proceso en el que se ventilan cuestiones entre particulares conocedores del asunto a debatir, por lo que serían exigibles peculiaridades procedimentales... para que su actuación cumpla realmente los fines perseguidos*”.

MESTRES TIBAU, “La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, págs. 231 y 232, considera que sólo existe interés público tutelable con la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de nulidad de matrimonios contraídos entre personas afectas de impedimentos no dispensables, no dispensados o con defecto de forma, así como los de eficacia civil de resoluciones extranjeras, y que, en los demás casos, “*el interés público no existe o se halla atenuadísimo*”, con lo que la injerencia del Ministerio Fiscal debería producirse *ad casum*, es decir, que el Ministerio Público debería ser designado específicamente en caso de existir incompatibilidad de intereses entre los menores, incapacitados o ausentes y las personas que respectivamente ostenten su representación legal.

provisionales⁽²⁰⁾, negar los hechos no acreditados en la documentación que acompañe a la demanda, proponer en la vista la prueba que estime pertinente, participando en la prueba propuesta por las otras partes, tomando parte incluso en la prueba de exploración de los hijos menores o incapacitados⁽²¹⁾.

III. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL PROCESO DE FAMILIA

Ya hemos señalado que la relevancia social de la familia, y concretamente del matrimonio, se ha articulado tradicionalmente regulando la existencia de la institución principal, el matrimonio, desde su origen hasta su disolución, pasando por normar los efectos de los cambios en el estado matrimonial y los procedimientos para establecerlos, si bien no toda crisis familiar va a tener resonancia en el ámbito procesal, ya que las partes pueden decidir resolverla de forma privada, y ninguna autoridad interferirá, salvo que se ponga de manifiesto desprotección de menores.

Entre las crisis de mayor magnitud procesal se encuentran las que producen un cambio respecto al estado matrimonial, es decir, las de separación, nulidad y divorcio, y que se entienden comprendidas en el ámbito procesal civil⁽²²⁾, si bien existen otras crisis de trascendencia.

De esta manera, en virtud del interés público existente, no sorprende que cuando se regulan los procesos de nulidad, separación y divorcio, se ignoren determinados elementos tradicionales del proceso civil patrimonial, base del proceso civil, y que, por otra parte, lo mismo ocurra respecto de los procesos sobre guarda o alimentos para menores.

En el ámbito del derecho de familia y por lo tanto de los procesos matrimoniales, entran en juego intereses que ya no son únicamente privados: los intereses públicos se superponen a los particulares, por lo que en ocasiones dejan de

(20) En la Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, “Incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles”, VII.4.c), se apunta la facultad de promover la convocatoria de nueva comparecencia para la modificación de las medidas previas o adopción de otras nuevas si se estimara necesario en bien del interés público implicado en el proceso.

(21) Circular 1/2001, VII.4.

(22) BORRÁS, *Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*, Diario Oficial núm. C 221 de 16 de julio de 1998, págs. 0027 a 0064, <http://www.europa.eu.int/eur-lex>, pág. 8, apunta que en otros países los procesos matrimoniales pueden tener carácter administrativo, como es el caso de Dinamarca.

regir los principios tradicionales de libre disposición de los derechos privados⁽²³⁾, conformándose un tipo de proceso en el que el principio de necesidad domina, pese a tratarse de un proceso civil⁽²⁴⁾.

La existencia de un derecho vinculante en el marco de las relaciones privadas de los cónyuges, o de los formantes de la familia, que impida la libre disposición de los derechos en juego, implica que se encuentren afectados los principios imperantes en el proceso civil, regido tradicionalmente por el principio dispositivo⁽²⁵⁾, por lo que HERCE ha llegado a calificarlos como “juicios de interés público”, especiales respecto al proceso civil no propiamente por su forma, sino por sus principios rectores⁽²⁶⁾.

Dichos procesos matrimoniales y los de menores se encontrarían por ello en la “zona intermedia” que la doctrina ha señalado existe entre los procesos regidos por el principio de oportunidad, como son los procesos civiles de contenido patrimonial, y aquellos otros en los que el principio de necesidad impera

(23) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal*, ob. cit., pág. 13, indica que en el proceso en materia matrimonial y en otras cuestiones de estado la naturaleza de las relaciones jurídicas controvertidas impone divergencias sustanciales respecto a los principios básicos del proceso civil, por lo que se ha hablado de un proceso inquisitivo o mixto. En *Derecho Procesal Civil*, vol. II, *Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal y jurisdicción voluntaria*, Madrid, 8.ª ed., 1979, pág. 115 y 116, apunta que los principios de aportación de parte y dispositivo, propios, en la generalidad de los casos, del proceso civil, ceden el lugar aquí, a semejanza de lo que ocurre en el proceso penal —aunque no en la misma medida—, al principio de “oficialidad”.

Señala MONTERO, *Los procesos...*, ob. cit., pág. 49, que cuando los particulares carecen de autonomía de la voluntad desde la perspectiva del derecho material, por tratarse de normas imperativas, el proceso ha de acomodarse al principio de necesidad.

(24) CHIOVENDA, *Principios...*, ob. cit., pág. 813, apunta que “*el Estado está no solamente interesado, como en todo proceso, en el mejor ejercicio posible de la función jurisdiccional, sino que lo está en las relaciones mismas que son objeto del proceso*”, por lo que se restringe el número de normas dispositivas, y se limita el principio dispositivo.

(25) En la Exposición de Motivos de la LEC, VI, se apunta que “*La nueva LEC sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo*”.

(26) HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, vol. II, *Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria*, Madrid, 8.ª ed., 1979, pág. 5.

FENECH, *Derecho procesal civil*, Madrid, 2.ª ed., 1986, pág. 76, indica —respecto al sistema anterior a la LEC de 2000— que aunque estos procesos se adecuen a las normas del procedimiento ordinario de menor cuantía, en realidad constituyen una importante excepción, ya que los principios que rigen el proceso son distintos, que están sometidos al principio de legalidad y oficialidad, y en los que no se da derecho de disposición material ni el derecho de disposición procesal a las partes, y es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal.

totalmente, es decir, el proceso penal por delitos públicos, situándose junto al proceso penal por delitos privados y semiprivados, y se podrían calificar como de procesos no dispositivos⁽²⁷⁾ o cuasi-inquisitivos⁽²⁸⁾ o incluso inquisitivos⁽²⁹⁾, si bien la denominación más correcta parece la de no dispositivos, puesto que el principio inquisitivo tampoco extiende su imperio en todo el ámbito del proceso⁽³⁰⁾.

Los procesos no dispositivos se encuentran afectados en buena parte por el principio inquisitivo, si bien los particulares ostentan todavía cierto poder sobre la cuestión material, patente principalmente en la facultad de iniciar el proceso, que se atribuye en exclusiva a los cónyuges o progenitores, excepto en lo relacionado con la acción de nulidad, y también existen otros elementos que por su naturaleza siguen estando bajo la voluntad de las partes, y que vinculan al juez, como lo relativo a la solicitud y concesión de la pensión compensatoria (STS de 2-12-1987, ED 87/8926).

Precisamente la publicación no afectará a todos los elementos del proceso de familia, ya que entre los diferentes objetos procesales que se tramitan en un pleito de familia, y concretamente y sobre todo en el matrimonial, existen cuestiones desprovistas de interés público y que únicamente afectan a la esfera privada patrimonial, por lo que pueden seguir rigiéndose por principios completamente dispositivos, como es el caso de la aludida pensión compensatoria, que si bien se encuentra afectada en cierto modo por la socialización del dere-

(27) MONTERO AROCA, *Los procesos...*, ob. cit., 1997, pág. 39 y ss., y MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Ortells, Gómez Colomer y Montón Redondo), Tomo I, Valencia, 1997, pág. 307. En la misma línea, distingue los procesos dispositivos especiales establecidos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de los no dispositivos, entre los que se encontrarían los matrimoniales y de menores. *El nuevo proceso...*, ob. cit., pág. 37.

(28) También se les ha calificado como cuasi-inquisitivos; así, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La intimidad de los datos fiscales...*, ob. cit., pág. 27, e incluso semi-públicos.

(29) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. II, ob. cit., pág. 116, señala que se trata de procesos de cognición especiales, o de diversas formas de un proceso civil inquisitivo.

(30) Señala MONTERO, *Los procesos...*, ob. cit., pág. 53, que los procesos matrimoniales se encuentran afectados por la publicización de algunas normas de derecho civil que los regulan, publicización de grado menor que la existente en el campo penal, lo que supone que estos procesos no sean dispositivos, y que aunque se mantengan las mismas normas procedimentales que en el proceso dispositivo, los principios procesales serán distintos, al igual que GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. II, ob. cit., pág. 115.

En la Circular 1/2000, de 5 de abril de 2001, VII.4.A), se hace referencia a la vigencia excepcional del principio de oficialidad y al compromiso de búsqueda de la verdad material.

cho privado por derivar de la solidaridad entre los cónyuges, tiene un régimen de contenido intrínsecamente patrimonial⁽³¹⁾.

El objeto del proceso de ruptura de la familia matrimonial es complejo, es decir, que se encuentra configurado por la suma de diversos objetos procesales, unidos a su vez por vínculos de diferente naturaleza: junto al objeto principal, consistente en la obtención de un pronunciamiento sobre el vínculo matrimonial, existen otros a través de los que se pretenden diferentes pronunciamientos sobre los efectos de la influencia del proceso sobre la relación familiar, tales como las relaciones entre los cónyuges y los descendientes comunes, tanto en el plano personal como patrimonial, entre otros⁽³²⁾.

SERRA describe la heterogeneidad del objeto procesal del proceso matrimonial, y se refiere a tres distintos contenidos de la sentencia, y, consecuentemente, a tres grupos de pretensiones: la pretensión matrimonial, que constituye la principal del proceso; las pretensiones de carácter económico, y las pretensiones relativas a los hijos. Estas tres pretensiones serían totalmente distintas entre sí, respondiendo a principios diversos y reclamando soluciones igualmente dispares⁽³³⁾.

En el mismo sentido, en el apartado XIX de la Exposición de motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se indica que en estos procesos “*no rige el principio dispositivo o debe ser matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal*”, y en el artículo 751 se apunta que en estos procesos no surtirá efecto la renuncia, el allanamiento ni la transac-

(31) En relación con el sistema alemán, apunta LEIBLE, *Proceso civil alemán*, Medellín (Colombia), 1999, pág. 479 y 483 que, mientras que en el procedimiento matrimonial se limita la aplicación del principio dispositivo, en las otras causas de familia distintas de la matrimonial, como la que versa sobre alimentos de los hijos matrimoniales, alimentos al cónyuge o régimen económico matrimonial, rigen los preceptos generales del proceso civil recogidos en la ZPO.

(32) En la Circular 1/2001 citada se indica que el objeto del proceso matrimonial es “*en buena medida indisponible, dado que afecta en su contenido inmediato al estado, pervivencia y circunstancias del vínculo matrimonial, y en sus consecuencias mediatas, a aspectos existenciales, educativos y personales de los hijos menores, incapacitados o ausentes que quedan bajo el resguardo protector del Estado. En lo que respecta a los principios rectores del proceso, se debilita el principio dispositivo y, en garantía de cualquiera de los cónyuges, de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección se incrementan considerablemente las facultades del Juez, que se ve investido de potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que ha de ejercitar en defecto e incluso en lugar de las propuestas por los litigantes*”.

(33) SERRA DOMÍNGUEZ, “El objeto del proceso matrimonial”, en *Justicia* 83, n.º 1, pág. 48.

ción, mientras que el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal salvo en los procesos de separación, divorcio y algunos casos de nulidad.

Sin embargo, esta excepción a la influencia del principio dispositivo se ve limitada en el apartado tercero del mismo artículo, en el que se dispone que las pretensiones que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente si estarán dominadas por dicho principio dispositivo, y que la renuncia, allanamiento, transacción y conformidad surtirán efectos. En la misma línea, en el apartado cuarto del artículo 752, relativo a la prueba, se excluye la aplicabilidad de las normas especiales de prueba a las cuestiones sobre las que las partes puedan disponer⁽³⁴⁾.

De esta forma, en relación con la nueva regulación, habrá de distinguirse entre las cuestiones sobre las que las partes tengan poder de disposición “según la legislación civil aplicable” y entre el resto de cuestiones, sobre las que el principio dispositivo no ejercería influencia⁽³⁵⁾.

A) La pretensión matrimonial.

En cuanto a la pretensión principal, que consiste en un pronunciamiento relativo a la modificación del estado matrimonial, ya sea pretendiendo la nulidad, separación o divorcio, entendemos que las partes no tienen poder de disposición sobre el derecho material, pues la obtención de un pronunciamiento de nulidad, separación o divorcio no depende únicamente de la voluntad de los cónyuges, sino que el juez se encuentra obligado a vigilar la concurrencia de las causas legales esgrimidas de nulidad, separación o divorcio, tasadas normativamente, y entre las que no se encuentra el libre consentimiento de los cónyuges.

Como consecuencia de esta falta de disponibilidad, únicamente el desistimiento de las partes tendría eficacia procesal, tal como se recoge en el artículo

⁽³⁴⁾ Estas precisiones se introdujeron en el proyecto de LEC en fase de Comisión.

⁽³⁵⁾ De acuerdo con GIMENO SENDRA, *Introducción al derecho procesal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez, Madrid, Colex, 2000, pág. 258 y ss., un proceso civil está regido por el principio dispositivo cuando en él concurren las notas de: a) poder de disposición sobre el derecho material, b) poder de disposición sobre la pretensión, y c) vinculación del órgano jurisdiccional a la pretensión.

MONTERO, *Los principios políticos de la nueva LEC: los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001, págs. 63 y ss. se centra en las consecuencias procesales del principio dispositivo, que entiende significa que la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse a petición de parte y también puede poner fin a dicha actividad, que la petición concreta corresponde a las partes y que los tribunales han de ser congruentes.

751.2.4.^a de la LEC ⁽³⁶⁾, y normas especiales de prueba se hacen eficientes, según se establece en el artículo 752.2, así, la falta de vinculación del tribunal a la conformidad de las partes o a las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes y documentos ⁽³⁷⁾.

B) Pretensiones económicas que no afecten a menores.

Las pretensiones económicas que no afecten a los hijos menores de edad son un segundo grupo de pretensiones en las que el principio dispositivo rige, pues entendemos que la legislación civil otorga a las partes poder de disposición sobre ellas, aunque con alguna limitación en el proceso matrimonial, pues al juez se le otorga un poder de supervisión de los acuerdos a los que las partes lleguen, con el fin de que no sean “gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges” (art. 90 del CC, relativo al convenio regulador de la separación o divorcio de mutuo acuerdo, aplicable también en las relaciones patrimoniales en los procesos contenciosos, en los que es posible el acuerdo de los cónyuges respecto de las medidas complementarias al pronunciamiento principal) ⁽³⁸⁾.

El reconocimiento de esta potestad judicial en un campo que se podría definir como completamente privado, en la medida en que se refiere a las rela-

(36) En cuanto a la regulación vigente, entendemos que ocurre lo mismo: En cuanto a la primera de las cuestiones, la disposición sobre el derecho material, lo cierto es que las partes no pueden establecer modificaciones del estado matrimonial sin la concurrencia de la jurisdicción, ya que, de acuerdo con las normas civiles, es preciso, para la obtención de la nulidad, separación o divorcio, un pronunciamiento judicial (art. 89 del CC), por lo que el proceso matrimonial se encuentra regido por el principio de necesidad. VILLAGÓMEZ, “Consideraciones sobre...”, *ob. cit.*, pág. 478.

(37) Así, CHIOVENDA, *Principios...*, *ob. cit.*, tomo II, pág. 813 y ss., apunta que en los procesos sobre estado viene limitada la aplicación del principio dispositivo, y que, como consecuencia de ello, la eficacia de la confesión judicial no vincula en todos los casos, así, no vinculará la confesión del motivo de separación, mientras que la confesión sobre elementos que favorezcan la supervivencia del matrimonio, reconocimiento de hijos, etc., sí tienen eficacia.

En el mismo sentido, y en relación con el derecho alemán, LEIBLE, *Proceso civil alemán...*, *ob. cit.*, pág. 479, señala que el principio inquisitivo rige únicamente para los hechos favorables al mantenimiento del vínculo matrimonial.

(38) En la sentencia de la AP Madrid de 3 de marzo de 1998 (AC 1998/449), se indica que el derecho a la pensión por desequilibrio económico está afectado por el principio dispositivo, y que ha de entenderse renunciado si no se ejercita de modo expreso, siguiendo la doctrina señalada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de diciembre de 1987 (ED 87/8926).

En la STS de 21 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9430) se declara incongruente una sentencia por pronunciarse sobre el carácter ganancial de ciertos bienes sin haberse solicitado.

ciones patrimoniales de mayores de edad, materia que entendemos exenta del interés social o público que fundamente la desviación de los principios del proceso civil patrimonial, únicamente se puede justificar por la existencia de un interés social en la regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges tras la crisis, que en la actualidad entendemos inexistente ⁽³⁹⁾, y que menos aún se da en los procesos que entablen los convivientes.

Consideramos que las cuestiones patrimoniales entre cónyuges y convivientes se encuentran afectadas por el principio dispositivo, por lo que será eficaz la renuncia, desistimiento, transacción y allanamiento que las partes realicen en relación a ellas.

C) Cuestiones relativas a los hijos.

En el tercer grupo de pretensiones, las relativas a los hijos, entendemos que hay que distinguir a efectos de eficacia del principio dispositivo entre cuestiones relativas a menores y cuestiones que afecten a mayores de edad: en relación con las primeras, el juez ha de tener presente la búsqueda del interés del menor, dejándose de lado el principio dispositivo, mientras que cuando éstos son mayores de edad, las relaciones patrimoniales y personales de padres e hijos se rigen por el principio dispositivo.

En relación con las medidas atinentes a los menores de edad, el juez no se encuentra sujeto a ninguna limitación procesal, estando además sometido a la búsqueda del interés del menor. La norma obliga al juez a pronunciarse sobre los menores; el principio de necesidad rige sus efectos, siempre que se haya iniciado el proceso matrimonial, ya que nada impide por otra parte que los cónyuges regulen sus relaciones con los menores privadamente, es decir, de hecho, si bien la eficacia de unos pactos de hecho aportados al tribunal como prueba de la regulación anterior no vinculan al juez, aunque pueden servir como referente para la futura decisión que adopte. Además, los padres no tienen el poder de disposición sobre el derecho material ni procesal, y el juez ha de pronunciarse sobre las medidas en beneficio de los menores aunque ello no le

(39) Sólo se justificaría la intervención judicial en relación con esta cuestión en aquellas situaciones en las que el sistema patrimonial establecido por los cónyuges fuera producido por móviles espurios (por ejemplo, a cambio de la custodia del hijo menor, uno de los cónyuges se obliga a pagar al otro una pensión compensatoria desorbitada), casos en los que entendemos que el cónyuge sometido a la injusticia o desproporción tendría recursos para hacerlo patente y evitar la efectividad de los acuerdos, esto es, ejerciendo una acción de nulidad, o argumentando un enriquecimiento injusto. Entendemos, de acuerdo con SERRA DOMÍNGUEZ, “El objeto del proceso matrimonial...”, *ob. cit.*, pág. 57, que el juez no debería pronunciarse sobre el punto de que se trate.

haya sido solicitado por las partes, tal como se indica en la sentencia del TS de 14 de mayo de 1987⁽⁴⁰⁾.

Por otra parte, la influencia del principio inquisitivo en las cuestiones sobre menores ha llevado al legislador a establecer un nuevo proceso de familia, llamado “de menores”, donde el objeto consistiría en la determinación de las potestades de guarda y custodia y de la obligación de alimentos para los hijos menores de edad, proceso en el que, por versar sobre cuestiones no disponibles, no surtiría efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción, precisándose para el desistimiento la conformidad del Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 751.2 de la LEC⁽⁴¹⁾.

En cuanto a las cuestiones relativas a los hijos mayores de edad, que no tenían relevancia en el proceso de familia con anterioridad al año 1990, en el que se incluyó en el Código Civil la obligación legal de procurar alimentos a estos descendientes, entendemos que si bien en el proceso matrimonial o en el de la ruptura de la pareja de hecho se pueden establecer alimentos para los hijos mayores de edad, ello no implica su emparejamiento a la medida de alimentos para menores de edad a efectos de determinar el régimen aplicable, pues en su determinación no rige el principio de búsqueda del interés del menor⁽⁴²⁾.

Una vez hecha la distinción entre estos distintos tipos de objeto procesal, se podría entender que dada la diversa sujeción a los principios procesales de las pretensiones, éstas deberían resolverse en distintos procedimientos, sin embargo, al menos en lo relativo al proceso matrimonial, el ordenamiento obliga a la acumulación de las pretensiones.

(40) La Ley, 87/8189R.

(41) En el mismo artículo, apartado 3, se establece que “no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el Capítulo cuarto del Título primero del Libro primero de esta Ley”, donde se preceptúa que es posible disponer del objeto del proceso mientras ello no sea prohibido o limitado por la ley.

(42) En la sentencia de la AP Barcelona de 14 de abril de 1998 (ED 98/3909) se distinguen los alimentos a los hijos mayores de los correspondientes a hijos menores en el pleito matrimonial: mientras que la concesión a los hijos menores no lleva aparejado requisito alguno, y se concede de oficio, los alimentos para mayores se justifican si, además de coincidir la petición con la ruptura y probarse la convivencia y la necesidad, se solicitan al juzgado, por no poder otorgarse de oficio, y la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995, pág. 734, remarca que el Ministerio Fiscal no debe entrar a examinar los pactos sobre alimentos para hijos mayores de edad, ni su lesividad, debiendo hacerlo “sino en tanto en cuanto pueda afectar a las personas cuyos intereses ha elevado el legislador a la categoría de interés público encomendando su defensa al Ministerio Fiscal”.

En nuestro proceso matrimonial es preciso, junto al pronunciamiento principal sobre el vínculo, al menos un pronunciamiento relativo a los hijos menores de edad, regulando su situación de guarda, de patria potestad, así como de alimentos. En lo relativo a estos asuntos, el principio de interés del menor sustituye completamente a los principios tradicionales del proceso civil, encontrándose el juez libre de toda limitación procesal en la búsqueda de dicho interés.

Será preciso entonces que exista una decisión judicial sobre cuestiones que afecten a los menores, tales como el uso de la vivienda familiar y el ajuar, mientras que el pronunciamiento sobre estas cuestiones en caso de no existir hijos menores, así como acerca de la pensión compensatoria o de la liquidación del régimen económico matrimonial, entrará a formar parte del objeto del proceso únicamente si uno de los cónyuges lo introduce, en cuyo caso el juez deberá decidir sobre ellos⁽⁴³⁾, lo cual es similar a lo recogido en el sistema alemán, en el que es necesario que al pronunciamiento principal sobre el vínculo lo acompañen otros sobre las cuestiones derivadas, “Folgesachen”, que son las relativas a los menores y a la compensación económica entre cónyuges, mientras que cuestiones como los deberes alimenticios y la disolución del régimen económico matrimonial pueden tratarse en el proceso matrimonial, pero no de forma obligatoria⁽⁴⁴⁾.

(43) En el artículo 90 del Código Civil se recogen los extremos sobre los que debe versar el Convenio regulador, y en sus apartados D) y E) incluye la liquidación del régimen económico y la pensión compensatoria, señalando que su inclusión será eventual, con las expresiones “en su caso” y “cuando proceda”. Por otra parte, en los artículos 91 y siguientes, relativos al proceso contencioso, se recoge un diverso grado de necesidad de pronunciamiento dependiendo de la naturaleza de la medida, siendo la de pensión compensatoria o de liquidación del régimen económico matrimonial de menor importancia.

Por otra parte, en el artículo 90 del Código Civil se indica la posibilidad de determinar en ejecución de sentencia las medidas patrimoniales, lo que hace patente la disponibilidad de estas pretensiones.

(44) Señala SCHWAB, “Droit de la famille et jurisdiction en Allemagne”, en *Familles et Justice*; (Meulders-Klein dir.), París, 1997, pág. 109, que la formulación del principio de vinculación entre el divorcio y los efectos del divorcio implica la concepción de la disolución del matrimonio y sus consecuencias como un hecho complejo formante de un todo; los esposos deben recibir a tiempo una imagen de lo que el divorcio significa para ellos, lo que recoge la esperanza del legislador de impedir divorcios irreflexivos.

LEIBLE, *Derecho...*, ob. cit., pág. 485, apunta que la vinculación puede hacerse voluntariamente por los cónyuges, si bien en relación con las medidas relativas a los hijos y la pensión compensatoria puede vincularse de oficio. Como consecuencia de la vinculación, la sentencia recogerá las resoluciones pertinentes, y, si la petición de divorcio es rechazada, las causas consecuentes pierden su objeto. En general, el procedimiento vinculado se rige por las prescripciones que rigen para el procedimiento principal, pero que, cuando las causas consecuentes deban tramitarse por el procedimiento de la jurisdicción voluntaria, deben aplicarse las prescripciones de ésta modificadas, de acuerdo con el párrafo 621.I ZPO.

Consideramos que la necesaria vinculación de la pretensión principal del proceso matrimonial y las cuestiones sobre medidas, es decir, la necesaria obtención junto al pronunciamiento sobre el vínculo matrimonial de otros pronunciamientos sobre efectos o medidas es una manifestación más de la influencia del principio inquisitivo en estos procesos, al impedir que las partes dispongan del planteamiento de las cuestiones derivadas en el mismo procedimiento, si bien se permite que los acuerdos de los cónyuges tengan alguna autoridad.

Entendemos además que, dado que las pretensiones son distintas, de diversa naturaleza, y afectadas por diferentes principios, desestimada la pretensión principal, las restantes pueden requerir soluciones distintas, siempre que no dependan para su existencia del pronunciamiento principal: rechazada la demanda de separación o divorcio, no es posible establecer una pensión compensatoria, que se basa legalmente en el pronunciamiento en ese sentido, al igual que la indemnización al cónyuge de buena fe en el de nulidad; sin embargo, pueden ser dictadas medidas tales como las relativas a la guarda de los hijos o alimentos para éstos incluso aunque los progenitores no lo soliciten, o contribución a las cargas o alimentos para el cónyuge si así se demanda.

Además de las pretensiones principales que puedan conformar un completo objeto del proceso matrimonial, desde la consideración del proceso cautelar o de la tutela provisional, se podría entender que existe un objeto procesal determinado por la pretensión de obtención de una regulación jurídica para un tiempo limitado por la eficacia de la resolución definitiva.

Nos planteamos si estas medidas provisionales tienen carácter facultativo en el proceso de familia, es decir, si su introducción ha de hacerse por alguna de las partes para que el juez pueda pronunciarse sobre ellas, y si su régimen se encuentra afectado por el principio dispositivo.

La pretensión de medidas provisionales estaría a su vez formada por la suma de una serie de efectos regulados en el artículo 102 del CC (efectos) y de pretensiones de contenido patrimonial, otras de contenido personal y otras medidas que afecten a los hijos menores, que se regirán por unos principios procesales diversos, análogamente a las pretensiones principales, a las que sirven en una relación de instrumentalidad, si bien en esta relación guardan cierta autonomía, como señala GIMENO⁽⁴⁵⁾.

Respecto de las medidas del artículo 102, llamadas “efectos”, es claro que su inclusión en el proceso de familia es automática —siempre que a la presenta-

(45) GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Madrid, 2001, pág. 132, se refiere a la pretensión cautelar, instrumental de otra principal declarativa, constitutiva o de condena, que mantiene cierta autonomía, pues los requisitos materiales para una y otra pretensión no coinciden, pueden incluso adoptarse sin contradicción y se agotan con la adopción de la medida cautelar.

ción de la demanda de divorcio o nulidad no haya precedido una de separación, caso en el que los efectos ya se habrán producido con anterioridad ⁽⁴⁶⁾—, y que la voluntad de las partes no influye directamente en su producción, mientras que respecto al resto de las medidas habrá de distinguirse aquellas relativas a los menores, en los que la desvinculación del principio dispositivo es patente, del resto de medidas, cuya incorporación al proceso dependerá de la demanda de los cónyuges ⁽⁴⁷⁾, además de que no concurra una regulación definitiva sobre la misma cuestión: las medidas provisionales se otorgan cuando existen unas determinadas circunstancias de necesidad, lo que impide su concesión cuando existiere una regulación anterior definitiva, por lo que no se puede afirmar que su inclusión como parte del objeto del proceso sea preceptiva salvo que no exista una regulación definitiva anterior y hubiera menores que pudieran verse afectados por los efectos del proceso de familia.

Así, entendemos es absolutamente necesaria la adopción de medidas provisionales en caso de existir hijos menores, mientras que, de no haberlos, fuera de los efectos producidos automáticamente al presentarse la demanda, la vinculación entre medidas provisionales y proceso no se manifiesta, pese a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil (*“admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes...”*), que apuntaría a un necesario otorgamiento de las medidas.

IV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

En la práctica pueden observarse desde el plano normativo o jurisprudencial cuatro grados de protección jurídica a la familia, dependiendo de su naturaleza; así, el primer grado o de máxima protección correspondería a las familias

Un ejemplo de la independencia de la pretensión cautelar respecto de la principal la apunta el contenido del auto de la AP de Zaragoza de 14 de diciembre de 1995, AC 1995/2337, donde se indica que la suspensión del procedimiento principal no conlleva la de las medidas provisionales, y que es necesario para ello una petición específica de las partes.

⁽⁴⁶⁾ Para esta circunstancia, en el art. 775 de la LEC se prevé la posibilidad de que las partes soliciten en la demanda o contestación la modificación provisional de las medidas concedidas en un pleito anterior.

⁽⁴⁷⁾ SERRA DOMÍNGUEZ, “El objeto del proceso matrimonial...”, *ob. cit.*, pág. 55, afirma que la formulación de las medidas provisionales es facultativa, mas entendemos que ello es así sólo respecto de las medidas que no afecten a los menores de edad y siempre que no exista regulación definitiva anterior de las medidas, caso en el que únicamente procedería la modificación de éstas.

de carácter matrimonial; el segundo, a aquellas de origen no matrimonial con hijos, esto es, familias monoparentales y familias paramatrimoniales; en un tercer grado, a las parejas de hecho heterosexuales, y en un cuarto grado, a las parejas de hecho homosexuales.

Parece que la protección de estos núcleos familiares tiene su razón de ser en el diverso grado de interés público en la protección de dichos grupos, además de la tradición de determinadas formas familiares, como las que tienen su origen en el matrimonio, por ser la base de la sociedad, tanto en su aspecto económico como social ⁽⁴⁸⁾.

El interés público consistía fundamentalmente en la perpetuación de la especie y de la sociedad, tradicionalmente considerada viable sólo o esencialmente a través del matrimonio. La característica de la matrimonialidad ha ido protagonizando la institución familiar, llegando a un punto en el que los términos familia y familia matrimonial han llegado a ser lo mismo ⁽⁴⁹⁾, aunque la evolución social de los últimos decenios ha supuesto un apartamiento del sistema usual de familia matrimonial, patente en la proliferación de descendientes no matrimoniales.

(48) Además de ser el núcleo social en el que se reproducen físicamente los individuos, o el régimen básico de organización de la economía, la familia es el foco principal de educación de los individuos en sociedad, donde se inculcan los valores y se regenera el tejido social cada generación. Problemas actuales de gran relevancia en tanto que producen gran impacto al ciudadano, como señala IGLESIAS DE USSEL, *Informe sociológico sobre la situación social en España*, vol. I, Madrid, 1994, pág. 536 y 543, tales como pueden ser la violencia urbana, la delincuencia juvenil o la difusión de las toxicomanías, se asocian cada vez más con el funcionamiento del grupo familiar. Toda jerarquía axiológica tiene en última instancia su origen en la educación familiar, según indica el mismo autor, y, tal como apuntó DURKHEIM, la familia constituye el mejor antídoto para la anomía y la desorganización social.

Señala IGLESIAS DE USSEL, “La protección de la familia en España”, en *Papeles de economía española*, 1998, n.º 77, pág. 224 a 226, que la protección social a la familia puede justificarse apelando a múltiples razones, entre ellas, el alto valor que tiene entre los ciudadanos, la relevancia instrumental de la familia como trama de solidaridades, sobre todo en el contexto de la crisis económica y de empleo, difícilmente sustituible por el Estado como prestadora de servicios a menores, ancianos, parados, enfermos crónicos, minusválidos o drogadictos... Se la ha llegado a calificar como agente y colaborador del Estado en la consolidación del bienestar social. En este sentido, señala que el Consejo de Ministros responsables de Asuntos Familiares de la Unión Europea reconoció en su reunión de 29 de septiembre de 1989 la importancia de la protección familiar, legitimada en el reconocimiento de hechos objetivos y, no tanto, en bases ideológicas.

(49) SANZ MARTÍN, “La familia, su naturaleza y finalidad”, *Actualidad civil*, n.º 19, 6-12 mayo de 1996, pág. 416, indica que el concepto de familia actual se articula bien sobre el matrimonio bien sobre el parentesco procedente del matrimonio.

Dicho interés público justifica la extensión de éste a los procesos de familia en general, en los que su presencia, como hemos señalado, provoca una configuración autónoma de los principios y elementos del proceso civil patrimonial, dispositivo por naturaleza, y sitúa a estos procesos en una zona intermedia entre los procesos dispositivos y los inquisitivos.

Sin embargo, la inaplicabilidad de los principios del proceso civil dispositivo sólo debe producirse en relación con aquellas pretensiones sobre las que el interés público sea patente y se haya determinado expresamente. Éste es el caso de las pretensiones sobre el vínculo matrimonial y de las referidas a descendientes menores de edad, como señala VEGA SALA ⁽⁵⁰⁾, por lo que solamente las circunstancias relacionadas con la pretensión principal y con las relativas a menores deberían ser afectadas por el principio inquisitivo ⁽⁵¹⁾.

La materia del derecho de familia debe encuadrarse en el derecho privado, porque constituye la disciplina de las relaciones entre particulares en posición paritaria. AULETTA considera que ya no es actual la tesis con origen en los años cuarenta que afirmaba que en esta materia existían connotaciones publicistas: por ser célula fundamental del Estado y por la naturaleza superior de los intereses en juego se justificaba una penetrante injerencia del Estado en las relaciones familiares, tesis que era la visión de la familia propuesta por un particular régimen político: el fascista, lo que no impide que el Estado tenga la competencia de procurar las condiciones necesarias para favorecer el nacimien-

(50) Es por ello que considera que el interés público sólo puede proyectarse sobre lo accesorio en el proceso matrimonial, siendo lo principal el pronunciamiento sobre nulidad, separación o divorcio, y lo accesorio las medidas, que afectarán, en el caso de haber hijos, a éstos. Señala además que en la familia hay dos tipos de relaciones, las horizontales, entre los cónyuges, y las verticales, entre los cónyuges y los descendientes, sujetas únicamente estas últimas al orden público. VEGA SALA, “Matrimonio: procesos de nulidad, separación y divorcio”, en *Los procesos en los Juzgados de familia*, Barcelona, 1993, pág. 18, consideración con la que no coincidimos, ya que la pretensión principal está afectada por el principio inquisitivo, puesto que salvo en notas dispositivas como la eficacia de la renuncia o del desistimiento, o el deber de congruencia, no existe poder de disposición de las partes; ya hemos indicado que el proceso es obligado, que no tiene eficacia el allanamiento o la transacción, etc.

(51) ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal*, Tomo I, *Proceso civil*, Madrid, 1996, vol. II, pág. 516, apunta que “*La tesis publicadora del Derecho de familia, que se asienta entre otras razones sobre el estado civil, las acciones de estado y la naturaleza informativa de las normas de derecho de familia, tiene que ser revisada y conducida a sus justos límites. La libertad negocial y la autonomía existen también en Derecho de familia, aunque sea mucho más amplia con referencia a las cuestiones patrimoniales que a las personales*”.

to y desarrollo de las relaciones familiares, así como de la protección de los derechos que de éstas surgen⁽⁵²⁾.

En este sentido, no es de ignorar la tendencia a reubicar las relaciones familiares en el ámbito privado, de forma que sean las partes las que reorganicen sus relaciones durante y tras la crisis matrimonial⁽⁵³⁾. Se ha de destacar la influencia creciente de la mediación como medio de resolución de los conflictos familiares, de beneficiosos resultados tanto en la esfera procesal, en la que

(52) AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Turín, 1997, pág. 6 y 7.

CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, Saint Paul (Minnesota, EE.UU.), 1988, pág. V, apunta la evolución del derecho de familia en los diferentes Estados de EE.UU., observando una tendencia a otorgar mayor poder de disposición a los cónyuges en lo relativo a sus relaciones.

ALMAGRO, *Derecho...*, ob. cit., pág. 518, considera que “*un examen atento de la normativa nos conduce a la conclusión de que, con independencia de que la normativa vigente concede al Juez amplios poderes, los procesos matrimoniales no tienen en todas sus vertientes carácter inquisitivo, y en las últimas modificaciones legislativas y sobre todo en la práctica judicial se tiende a conceder una amplia libertad a los cónyuges en materia matrimonial, no sólo a través del convenio regulador sino incluso en la posibilidad de separación convencional*”.

(53) El poder de disposición de los cónyuges en la concreción de las medidas con anterioridad a la separación o al mismo matrimonio se encuentra muy limitada en nuestro ordenamiento; al contrario que en derechos como el estadounidense, los pactos prematrimoniales no tienen validez en nuestro ordenamiento, fuera de las disposiciones que se puedan adoptar en lo relativo al régimen económico matrimonial en capitulaciones, mas quizá sería positivo la introducción de cierta eficacia de dichos acuerdos, al menos en el orden económico. En nuestro sistema matrimonial, existe un régimen matrimonial primario del que se deriva el derecho a la pensión compensatoria, independientemente del régimen económico matrimonial al que se sometan, al que ni tan siquiera las convenciones pueden contradecir; el principio de interés del menor impide la vinculación de las medidas adoptadas por los progenitores que les puedan afectar, en ningún momento. En cuanto a las medidas de contenido patrimonial, el principio de necesidad imperante respecto a la determinación de la separación, nulidad o divorcio y su vinculación legal a los efectos de la crisis matrimonial impedirían la regulación de dichos efectos privadamente, a salvo la posibilidad de acordar, una vez iniciado el proceso, aquellos efectos patrimoniales que no tengan relevancia respecto a los hijos menores. En este sentido, los pactos de separación de hecho no son vinculantes una vez iniciado un proceso de nulidad, separación o divorcio. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997 (ED 97/2156) se indica que el acuerdo entre las partes sobre adjudicación de bienes es un negocio jurídico de derecho de familia, y que su efectividad como convenio regulador requiere aprobación judicial, y en la sentencia de la AP Barcelona de 27 de mayo de 1993, siguiendo la doctrina de la sentencia de la misma Audiencia de 9 de abril de 1990, se atribuyó a un convenio regulador no aprobado judicialmente valor únicamente probatorio. TORRERO MUÑOZ, *Las crisis familiares en la jurisprudencia: criterios para una mediación familiar*, Valencia, 1999, pág. 88.

acorta trámites, como en la personal, ya que el enfrentamiento es menor y los resultados no son impuestos⁽⁵⁴⁾.

Por otra parte, como consecuencia del interés público en la protección de los derechos surgidos en las relaciones familiares, la protección habrá de extenderse a los derechos familiares con origen en vínculos no matrimoniales, no olvidando la regulación procesal de la crisis de la familia de hecho.

En los Estados Unidos, a partir de la década de los años sesenta, la tendencia a conceder a los ciudadanos poder de control sobre sus relaciones personales se ha incrementado, lo cual es de fácil apreciación en lo relativo a los acuerdos antenuptiales. Con anterioridad al caso Posner versus Posner, los acuerdos antenuptiales que regularan alimentos o el pago de una cantidad al cónyuge en caso de divorcio eran inválidos, y sólo tenían valor probatorio, sin fuerza vinculante para la corte, y dicha invalidez tenía su origen en la inmoralidad de unos pactos que incitaban al divorcio [Moats v. Moats, 168 Colo.120, 450 P.2d 64 (1969); Krejci v. Krejci, 191 Neb. 698, 217 N.W. 2d 470 (1974)]. El citado caso Posner v. Posner (233 So.2d 381 Florida 1970) fue el inicio de una corriente permisiva de este tipo de acuerdos; la corte consideró en este caso que el Estado había atenuado su posición al divorcio, con el efecto de permitir acuerdos prematrimoniales que incluyeran compensaciones al cónyuge y regulación de los derechos de propiedad tras el divorcio, que se fue extendiendo a otros Estados, si bien en algunos de ellos, en sus estatutos, se excluye la validez de los acuerdos que releven del deber de mantener. En resumen, para que un acuerdo antenuptial fuese válido debería ser honesto, basado en un conocimiento completo de los recursos económicos de los contratantes, y que previera una adecuada provisión en vista de las necesidades de éstos, tanto en el momento de realizarse el acuerdo como en el futuro, y no podría versar sobre cuestiones establecidas por la ley que no puedan ser modificadas (sería inválido un acuerdo que incluyera la obligación de divorciarse, o la de no divorciarse, o que regulara las relaciones sexuales, o que impidiera que los hijos de alguno de los cónyuges convivieran con éstos...). CLARK, *The law of domestic...*, ob. cit., págs. 1 a 17.

En Alemania es posible excluir expresamente en las capitulaciones matrimoniales la pensión compensatoria, mas es inválido si en el plazo de un año desde la celebración se interpone demanda de divorcio, de acuerdo con lo contenido en el artículo 1408.2 del BGB. Esta limitación indica claramente que la voluntad del legislador es conceder eficacia a la voluntad de los cónyuges en este sentido siempre que la voluntad excluyente no esté relacionada con una crisis matrimonial latente.

La jurisprudencia italiana no admite acuerdos sobre efectos patrimoniales y personales de un eventual divorcio, porque ello podría incidir sobre el ejercicio de un derecho indisponible, o comportar una renuncia parcial a derechos patrimoniales, y el convenio regulador en la separación consensual precisará para su validez de su acompañamiento por el decreto de homologación judicial. AULETTA, *Il diritto...*, ob. cit., pág. 231 y 232, y FORTINO, *Diritto di famiglia: I valore, i principi, le regole*, Milán, 1997, pág. 311.

(54) TORRERO MUÑOZ, *Las crisis familiares...*, ob. cit., pág. 22. Indica además (págs. 23 y 24) que la recomendación n.º R 1 (98) sobre Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros de los Estados miembros el 21 de enero de 1998, favorece la implantación de este mecanismo de resolución de conflictos, facilitando la separación, disminuyendo los efectos negativos de la separación y el divorcio y reduciendo los costes económicos y emocionales que la separación y el divorcio representan para el Estado y la familia.

V. INSUFICIENCIA NORMATIVA Y DISCRECIONALIDAD

Ya nos hemos referido al interés público existente en la protección de la familia, que sin embargo únicamente se ha instrumentalizado a través de la concreta regulación de los procesos afectantes a la institución matrimonial, que si bien es la de mayor relevancia social, no es la única realidad familiar digna de atención.

Mientras que la crisis matrimonial se encuentra regulada, la de otras formas familiares similares, como la de la unión de hecho, es inexistente en nuestro sistema jurídico, debiéndose acudir a analogías procedimentales con los procesos matrimoniales o a la forma procesal del juicio ordinario, concebido como un proceso de carácter patrimonial, que es preciso adaptar a la materia familiar, apartada en cuanto a los principios procesales de los que rigen aquéllos.

Una de las consecuencias de la insuficiente regulación de los procesos matrimoniales y sobre todo, en un sentido más amplio, de los “procesos de familia”, categoría que no se emplea de forma generalizada ni jurisprudencial ni doctrinalmente ⁽⁵⁵⁾, es el incremento de la discrecionalidad del juez, que marcará los caracteres del proceso que se siga, pero generando una grave inseguridad jurídica para las partes, porque el hecho de que la materia familiar quede afectada por un interés público no puede suponer la completa inseguridad de los integrantes de la familia en crisis, en concreto de los progenitores, y la aplicación del principio del interés del menor a todos los elementos del proceso de familia.

La discrecionalidad legal se fundamentaría en la facultad de una persona para adoptar una decisión, teniendo elección entre varias posibles, conferida bien explícitamente por el legislador, bien asumida autónomamente por el decisor, o como una característica más de la toma de decisión. Un sistema basado en la toma de decisión discrecional crea inseguridad en las partes, que se hacen asesorar por expertos en la materia; un sistema discrecional hace creer a las partes que es posible obtener resoluciones más favorables dependiendo de la sensibilidad del juez a cada caso; un decisor discrecional debe conocer toda la información disponible, lo que puede llevar a retrasos y maniobras entre las

(55) Por el contrario, véase de la autora *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Valencia, 2002, 367 págs.

partes para obtener información⁽⁵⁶⁾, lo que colapsa el sistema de tribunales y hace más difícil a las partes llegar a un acuerdo⁽⁵⁷⁾.

Otra de las cuestiones problemáticas es la de la estandarización de los pronunciamientos judiciales, tendentes a favorecer a las madres, y la inseguridad ante la que se enfrentan las partes sobre los límites de las medidas de contenido económico, dada la falta de pautas para su determinación⁽⁵⁸⁾.

De acuerdo con lo señalado en el estudio de ROCA TRIAS, la aplicación de la Ley del Divorcio ha resultado ser, en lo relativo a gran número de pronunciamientos, “perversa”, por estar afectada de prejuicios y argumentos sociales, favoreciendo cualitativamente a la mujer⁽⁵⁹⁾. La normativa aplicable

(56) Como señalan COOTER y ULEN, *Law and...*, *ob. cit.*, pág. 357, en relación con la “bargaining theory”, el optimismo produce litigio.

(57) DEWARD, “Reducing Discretion in Family Law”, en *The changing family*, Oxford, 1998, pág. 240 y ss. Políticamente, el motivo de estos cambios normativos sería reducir costes asociados a la ruptura de la familia: los costes asociados a la ruptura familiar son tanto internos como externos, y a cargo tanto del Estado como de las partes. Los costes internos serían los pagados por el Estado para que las disputas sean resueltas: mantenimiento de los tribunales, o, indirectamente, la ayuda legal para los litigantes, y los costes externos los que asume el Estado de bienestar en forma de ayudas para los afectados por una ruptura familiar. Una estructura basada en una regulación mayor haría los casos más fáciles de resolver, y así reduciría costes internos; una medida más regulada y formularia, por ejemplo, relativa al menor, contribuiría a reducir los costes externos de la ruptura familiar en el Estado de bienestar (pág. 231).

(58) Remarcamos, tal como hace PASTOR VINARDELL, “El llamado ‘criterio standard’ en las separaciones matrimoniales contenciosas: Del sistema causal del Código al repudio libre del cónyuge varón”, *La Ley*, 1987, vol. 3, págs. 869 a 873, la importancia en la práctica de la aplicación del llamado **“criterio standard”** en las separaciones matrimoniales contenciosas: este criterio, de aplicación minoritaria en las Audiencias, algo más extendida en los Juzgados de Primera instancia y dominante en muchos Juzgados de Familia, supone estimar siempre y por principio las demandas de separación presentadas, se pruebe o no lo alegado, otorgándose la guarda y custodia de los hijos menores a la madre (salvo que en ella concurriese causa grave que pudiese perjudicarlos) y, por consiguiente, el uso del hogar familiar, así como el derecho a percibir alimentos y la pensión compensatoria, en su caso. Este criterio judicial se presta a su utilización estratégica por la mujer, constituye una instrumentalización por parte de una de las partes del proceso y del juez, y conduce a una situación de hecho que es tanto como el repudio libre del cónyuge varón sin concurrencia de causa legal.

(59) Señala como argumentos utilizados para la motivación de las decisiones que la adjudicación a la mujer de la vivienda o del derecho de guarda de los menores depende de la actuación del “argumento de la parte débil”, que sería el que legitima al juez para conceder la protección al cónyuge en la posición más débil, y que habitualmente se corresponde con la de la mujer, o del de la importancia de los cuidados maternos para los descendientes más

sigue estando diseñada para situaciones de ruptura de familias tradicionales, propiciando la discriminación del hombre en favor de la mujer, patente también en la práctica, y en documentos como la circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986⁽⁶⁰⁾.

Las protestas en relación con las insuficiencias materiales de la normativa actual son patentes: los padres separados y divorciados se quejan de la discriminación que sufren; las mujeres maltratadas de la insuficiente protección que se les brinda; los padres titulares de la guarda de los menores del impago de pensiones, y los beneficiarios del derecho de visitas, de que les impidan relacionarse con sus hijos.

En cuanto a los defectos en el procedimiento, son tan graves que se intentan salvar con regulaciones paralelas en el mejor de los casos, claramente inadecuadas para determinar los procesos por carecer de validez legal, y que sirven para hacer patente la insuficiencia normativa que existe en este ámbito.

Así, desde 1986 en Madrid se realizan acuerdos entre jueces y abogados de familia en los que se determinan elementos tan importantes como el ámbito de aplicación de la ley (aplicabilidad de la normativa procesal matrimonial a los casos de parejas no unidas por vínculo matrimonial); procedencia de las medidas provisionalísimas (limitación a casos de urgencia); procedimiento a seguir en medidas provisionales; reclamaciones susceptibles de recurso, o el

pequeños. ROCA TRIAS, “Los criterios judiciales en la aplicación de la ‘Ley del divorcio’”, en *Los Procesos en los Juzgados de Familia*, Barcelona, 1993, págs. 48 y 52. Señala la misma autora como casos excepcionales aquellos en los que se conceda la guarda al padre (*ibidem*, pág. 53), y que en éstos, por el contrario, la motivación de la resolución en dicho punto es mucho más extensa y profunda que en los casos habituales de otorgamiento a la madre, y que esta actitud hace considerar a la decisión como adoptada “no tanto a través de criterios estereotipados, sino en razón del claro beneficio del menor”. *Ibidem*, pág. 54. En cuanto a la atribución de la pensión compensatoria a la mujer, indica que en muchos casos se justifica en un razonamiento sexista del órgano decisor, en realidad injustificable, y que supone la defensa de la “profesionalización del matrimonio” por parte de la mujer. *Ibidem*, pág. 61.

(60) En dicha Circular se indica que para determinar la guarda de los menores habrá de seguirse el criterio contenido en el artículo 159 del CC, en el que se indica que los hijos e hijas menores de siete años deberán confiarse a la madre, “precepto inspirado en la conveniencia de que los hijos de edad temprana tengan la necesaria asistencia maternal tan precisa para su equilibrio y adecuado desarrollo de la personalidad”. Esta referencia discriminatoria del Código Civil fue eliminada en 1990, mas recogemos aquí la reflexión hecha en la Circular por contener en esencia la inclinación de la mayoría de las personas implicadas en la resolución judicial de la crisis matrimonial.

régimen de ejecuciones provisionales, lo cual evidentemente es desproporcionado ⁽⁶¹⁾.

Por su parte, el Ministerio Fiscal también realiza una labor exegética y de integración de lagunas con instrumentos como la aludida Circular 3/1986, de 15 de diciembre, en la que también se intenta resolver la cuestión de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales, y concretamente su participación en los procedimientos de mutuo acuerdo, y los casos en que ha de admitirse el recurso de casación, o la consulta n.º 2/1987, de 2 de abril, sobre intervención del Ministerio Fiscal en procesos derivados de la ruptura de uniones familiares con descendencia ⁽⁶²⁾, y, finalmente, con la Circular 1/2001, de 5 de abril, que aborda estas cuestiones desde un punto de vista más racional y centrado en lo procesal.

En nuestro país, el incremento del número de personas afectadas por la separación o el divorcio y el cambio de mentalidad frente a la institución del divorcio en sí y a sus consecuencias ha venido a dejar patente la insuficiencia de la regulación sobre la separación y el divorcio, sobre todo desde el punto de vista material, una vez promulgada la nueva LEC de 2000.

El interés público que existe en la protección de la familia, sancionado constitucionalmente, ha de derivar en una regulación garantista de los derechos y situaciones de los descendientes menores, así como de los cónyuges y los convivientes, al menos cuando éstos tengan descendientes, superando la situación actual de dejación de su regulación, suplida por pronunciamientos judiciales, limitados en esta función ⁽⁶³⁾.

Ahora bien, la falta de regulación de las cuestiones del proceso de familia, y concretamente matrimonial, provoca que en algunos casos los jueces se arro-

(61) En el futuro, sería conveniente que estas reuniones unificaran criterios de carácter patrimonial, tal como se ha hecho en otros países como Alemania, en relación con la Tabla de Düsseldorf.

(62) Indica la propia Fiscalía, a través de la Memoria de 1995, que es preferible apuntar las soluciones procedimentales adecuadas al legislador a *“tratar de paliarlas a través de Instrucciones y Circulares, de obligado cumplimiento para los Fiscales, pero sin otro valor para la jurisdicción que su poder de convicción”*. *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1995, pág. 729.

(63) En el sistema anterior, en cada Provincia, e incluso en cada Juzgado se aplicaba el procedimiento de diferente manera, dada la falta de mecanismos de unificación, situación que se superará gracias a los que sí contiene la nueva LEC, como el recurso por infracción procesal, el recurso en interés de la ley y la casación.

guen discrecionalidad y justifiquen la resolución en equidad, valorando la prueba de tal forma que se llega a oponer a elementos de prueba objetivos ⁽⁶⁴⁾.

En el derecho comparado se observa una corriente legislativa y doctrinal tendente a limitar la discrecionalidad en el derecho de familia, regulando más exhaustivamente la normativa relacionada con éste. Así, DEWARD indica esta tendencia en el derecho de familia de Reino Unido, Escocia, Nueva Zelanda y Australia ⁽⁶⁵⁾, y en este sentido en la LEC de 2000 se regulan de forma más exhaustiva los procesos de familia, estableciéndose especialidades probatorias en materia de familia tales como la posibilidad de incorporar en cualquier momento material probatorio sobre estas cuestiones, que el juez pueda decretar de oficio la práctica de la prueba que estime pertinente, y que las normas generales sobre prueba testifical y documental no son aplicables, lo que implicaría que en cuestiones dominadas por el principio dispositivo como la pensión compensatoria o el uso de la vivienda familiar en caso de no existir hijos menores la vinculación al régimen general de prueba sería absoluto (art. 752).

En todo caso, la discrecionalidad judicial sigue siendo muy amplia, posiblemente por la necesidad de dotar al sistema de flexibilidad, lo que no impediría, por otra parte, una mayor comunicación entre Jueces de Familia, equipos psicosociales, Ministerio Fiscal y abogados para establecer cauces alternativos de resolución de conflictos y baremos aproximados para la fijación de cuantías por alimentos a los hijos.

(64) Un hábito extendido es la presunción por parte del juez, a la hora de fijar las cuantías de las pensiones de desequilibrio económico, alimentos o compensatoria, de la existencia de medios económicos superiores a los demostrados por las partes, es decir, la presunción de ocultamiento de bienes, e incluso, para el caso de las modificaciones de medidas, de la adjudicación de la culpa de la incapacidad económica al obligado al pago, con la consecuencia de no disminución de las pensiones correspondientes. Estas prácticas producen una absoluta inseguridad jurídica, y en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1997, núm. 54/1997 (ED 97/2172) vulneraría las limitaciones establecidas en el artículo 3.2 del CC y en la CE, como señala el voto particular realizado por el magistrado señor Mendizábal.

(65) DEWARD, *Reducing...*, *ob. cit.*, pág. 231 y ss., destaca la importancia de la presión ejercida por determinados grupos, entre los que destacarían asociaciones de padres divorciados, que propugnan el reconocimiento de los derechos aparejados a los deberes que por la vía de la resolución discrecional se les suele atribuir. SCHWAB, *Droit de la famille...*, *ob. cit.*, pág. 114, también apunta la influencia de los grupos de padres separados ante el despojo de sus derechos en los procesos matrimoniales, que luchan contra el Scheidungsrecht (la injusticia del divorcio, en vez de Scheidungsrecht, el derecho del divorcio).

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal*, Tomo I, *Proceso civil*, Madrid, 1996, vol. II, 600 págs.

AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Turín, 1997, 391 págs.

BECKER, *The essence of Becker* (Febrero y Schwartz eds.), Stanford U. y Hoover Institution Press, Stanford, 1995, 669 págs.

BORRÁS, “Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial”, *Diario Oficial* n.º C 221 de 16 de julio de 1998, 41 págs. <http://www.europa.eu.int/eur-lex>.

CARPI, “La justice en matière familiale en Italie”, en *Familles et Justice*, (Meulders-Klein dir.), París, 1997, 639 págs.

CEREZO ABAD, “El fiscal como defensor del interés social”, en RGLJ, 1965, T. I, págs. 62 a 96.

CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, vol. II (trad. de la 3.ª ed. italiana por Casais y Santalo), Madrid, 1977, 924 págs.

CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, Saint Paul (Minnesota, EE.UU.), 1988, 1050 págs.

COOTER y ULEN, *Law and economics*, Massachusetts (EE.UU.), 1997, 481 págs.

DEWARD, John, “Reducing Discretion in Family Law”, en *The changing family*, Oxford, 1998, 634 págs.

FENECH, *Derecho procesal civil*, Madrid, 2.ª ed., 1986, 607 págs.

FLORES PRADA, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, 735 págs.

FORTINO, *Diritto di famiglia: I valore, i principi, le regole*, Milán, 1997, 420 págs.

GIMENO SENDRA, *Introducción al derecho procesal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Colex, Madrid, 2000, 338 págs.

— *Derecho procesal civil* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Madrid, 2001, 606 págs.

GÓMEZ COLOMER, *El nuevo proceso civil: Ley 1/2000* (con Montero, Barona y Montón), Valencia, 2000, 902 págs.

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, vol. II, *Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria*, Madrid, 8.ª ed., 1979, 445 págs.

IGLESIAS DE USSEL, *Informe sociológico sobre la situación social en España*, vol. I, Madrid, 1994, 1106 págs.

— “La protección de la familia en España”, en *Papeles de economía española*, 1998, n.º 77, págs. 224 a 238.

LEIBLE, *Proceso civil alemán*, Medellín (Colombia), 1999, 544 págs.

MACCOBY y MNOOKIN, *Dividing the child: social and legal dilemmas of custody*, Cambridge, 1994, 396 págs.

MESTRES TIBAU, “La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, págs. 225 a 233.

MNOOKIN, “Divorce”, www.law.harvard.edu/, 12 págs.

MONTERO AROCA, *Los procesos matrimoniales*, Valencia, 1997, 1107 págs.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA CRISIS DE LAS “UNIONES DE HECHO” DESDE LA PRAXIS JUDICIAL. EL ARTÍCULO 96 DEL CC Y EL JUICIO VERBAL POR PRECARIO EN LA NUEVA LEC

ANTONIO-ALBERTO PÉREZ UREÑA
*Abogado del Ilustre Colegio de Granada.
Miembro de la AEFA*

SUMARIO

- I. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA CRISIS DE LAS “UNIONES DE HECHO”. EL ARTÍCULO 96 DEL CC.**
 - 1. Supuestos de uniones de hecho con descendencia común.
 - 2. Supuestos de uniones de hecho sin descendencia común.
 - 3. Viabilidad del desahucio por precario contra uno de los convivientes, rota la unión.
 - II. EL JUICIO DE PRECARIO EN LA NUEVA LEC. SU NATURALEZA PLENARIA, Y SU INCIDENCIA EN LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS SUPUESTOS DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*.**
-

I. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA CRISIS DE LAS “UNIONES DE HECHO”. EL ARTÍCULO 96 DEL CC⁽¹⁾

Ante la pretensión habitual, en los procesos en que se dilucidan los efectos de la ruptura de la unión de hecho, de la atribución del uso de la vivienda familiar, el tratamiento doctrinal y jurisprudencial que se le concede, difiere, básicamente, en función de la existencia o no de prole común. Así, podemos distinguir los siguientes supuestos:

1. Supuestos de uniones de hecho con descendencia común.

A este respecto, dispone el artículo 96.I del Código Civil que “...*en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden...*”.

La vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. De ahí que las normas que, sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito, a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso. El Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de los de Granada, de 8 de julio de 1993, declaró, a este respecto, que “...*otra de las cuestiones conflictivas es la referente al uso de la vivienda familiar, para la cual el Código Civil no ofrece regulación específica aplicable a las uniones de hecho, al contrario que cuando de separaciones matrimoniales se trata, pues el art. 96, en relación con el 103.2.º, dispensa a los hijos matrimoniales un elemento de protección fundamental del que carecen los hijos habidos de uniones libres, por lo que debe entrar en juego nuevamente el factor de la analogía en tal supuesto y atribuir, en definitiva, el uso de la vivienda y el ajuar familiares a los propios hijos y al progenitor bajo cuya custodia queden confiados...*”.

Entendemos, por tanto, la extensión analógica de los párrafos I y II del art. 96 del CC a la ruptura de la convivencia *more uxorio*. La única extensión que

(1) Excluimos del objeto de estudio el estado de cuestión en los derechos autonómicos que contemplan especialmente estas posibilidades.

admite el art. 96 del CC —entiende Sergio LLEBARÍA SAMPER ⁽²⁾— debe ser a favor del exconviviente a quien se le conceda la guarda de los hijos menores, puesto que su fundamento se halla en garantizar el mejor ejercicio de la patria potestad por parte de quien asuma las funciones de guarda y compañía.

El criterio a lo dispuesto en el art. 96.I del CC (la vivienda familiar debe ser asignada a los hijos menores y al cónyuge en cuya compañía queden), debe ser igualmente mantenido, pues tal precepto, inspirado en el principio *favor filii* que rige la legislación familiar, supedita al interés mas necesitado de protección la concesión del uso de la vivienda conyugal. Son los hijos, ya sean menores, incapacitados o con derecho a alimentos, los titulares del derecho de goce de la vivienda junto con el progenitor con ellos conviviente ⁽³⁾.

En sentido favorable se muestra la mayoría de la doctrina de Audiencias ⁽⁴⁾, sentencias entre las que se pueden destacar, como más recientes, las siguientes:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 29 de abril de 1998, según la cual: *“En lo concerniente al domicilio, éste también debe corresponder al hijo y ello porque la necesaria protección de los hijos comunes ha llevado al legislador a que el uso del domicilio habitual de la familia sea ésta una de las cuestiones que se encomiende a la decisión judicial en caso de conflicto; y así el art. 96 del vigente Código Civil viene a determinar que el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponderán a los hijos, y a la madre de los mismos...”*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 18 de febrero de 1999, se ha pronunciado, al respecto, en los siguientes términos: *“...(en) el uso y disfrute de la vivienda familiar y de los objetos de estricto uso ordinario en ella existentes —no de lo demás— en la situación de ruptura de la convivencia no matrimonial o more uxorio con descendencia común, resulta de plena aplicación el artículo 96 del CC —el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden— en atención a la identidad de razón —sin más que sustituir la palabra cónyuge por la de padre— y falta de regulación específica, revelándose así, conforme al artículo 39.2 de la CE como uno de los medios más eficaces para garantizar a los hijos una protección integral...”*.

(2) “Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales”, La Ley, 1997.5.

(3) En este sentido, *vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 2.^a, de 15 de marzo de 1999.

(4) Sentencias de la Audiencias Provinciales de Barcelona, de 27 de mayo de 1991, de Salamanca de 29 de junio de 1995, de Alicante, de 18 de septiembre de 1995, y de Madrid, de 25 de enero de 1996.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 25 de junio de 1999, para la que “...serán iguales las medidas que puedan afectar a los hijos menores, y en este caso con mayor motivo, por tratarse de relaciones que tienen su origen en la paternidad-maternidad, independientemente de que exista, o no vínculo matrimonial, siendo en este caso de aplicación los arts. 159 y 160 del CC, que regulan dentro de las relaciones paterno y materno filiales las facultades de guardia y custodia de los hijos de padres separados...”.

La más reciente Sentencia de la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Asturias, de 14 de marzo de 2000, dispone, a este respecto, lo siguiente: “...ninguna razón existe para aplicar, vía interpretación analógica, en estos supuestos de cese convivencia more uxorio, a los hijos habidos, los derechos que a los matrimoniales, en supuestos de crisis, reconocen los arts. 96 del CC, en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar... Siendo ello así, ha de reputarse plenamente justificado en este caso la atribución a los citados, (del) uso de la vivienda que constituyó el domicilio familiar. Se invocó en el acto de la vista el cambio de residencia de los citados a la ciudad de Oviedo, pretendiendo acreditar tal extremo con un informe de detective privado, pero es lo cierto que negado expresamente por la contraparte que ese cambio fuera permanente, no puede ser tomado en consideración sin perjuicio de que, de acreditarse que la vivienda familiar no se usa con carácter principal para cubrir la necesidad de habitación, pueda instarse la modificación de esta medida por otra en los términos ya ofrecidos en la propuesta de convenio regulador, ya que lo que es evidente es que este uso del domicilio no lo es a efectos de su utilización como segunda residencia...”.

2. Supuestos de uniones de hecho sin descendencia común.

Dispone el párrafo III del art. 96 del CC que “no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

Es cuestión debatida en la doctrina si este precepto resulta aplicable, en defecto de pacto entre los convivientes, a los supuestos de crisis de las uniones de hecho, pudiéndose destacar dos tendencias. Una primera, que niega que la mera convivencia extramatrimonial con el titular dominical de un bien otorgue al conviviente no titular, producida la ruptura, título alguno para continuar poseyendo la vivienda —Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de marzo de 1995—. En estos términos se ha pronunciado la sección 6.^a de la

Audiencia Provincial de Málaga, en su Sentencia de 23 de marzo de 1993 ⁽⁵⁾, para la que “...*el vínculo matrimonial genera ope legis en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes, lo que no se produce de modo jurídicamente necesario en los que mantienen una convivencia estable no basada en el matrimonio... debe concluirse que la demandada carece de título alguno que legitime el uso y disfrute sine die y a título gratuito de la vivienda*”. Incide en esta postura la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de enero de 1996 ⁽⁶⁾, para la que, cuando no existe descendencia de dicha unión, se viene entendiendo inaplicable el artículo 96.3 del CC.

Por el contrario, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo mantiene, en los últimos tiempos, una doctrina encontrada con la anterior. Así, en su Sentencia de 16 de diciembre de 1996 ⁽⁷⁾ declaró que, vía analogía, las disposiciones que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el CC en relación con el matrimonio y sus crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja. La más reciente de 10 de marzo de 1998 ⁽⁸⁾ atribuye el uso de la vivienda familiar durante un tiempo al conviviente perjudicado por la situación de hecho, previsión contenida en el artículo 96.III del Código Civil, pero no por ser aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de las demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho, principio éste que se deriva de los preceptos constitucionales: art. 10, principio de dignidad de la persona; art. 14, principio de igualdad; art. 39, principio de protección a la familia.

Las Audiencias se han hecho eco de la doctrina sentada por nuestro TS. Para muestra valga la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 25 de junio de 1999 que, partiendo de que “...*salvo algunas concretas disposiciones en leyes especiales, carece la familia de hecho de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la determinación de las medidas y efectos en caso de crisis de la convivencia se ha venido a hacer por la jurisprudencia, aplicando la mayoría de las veces las disposiciones previstas para las uniones matrimoniales. Así se ha hecho en materia de atribución del uso de la vivienda*

(5) Revista Jurídica de Andalucía, pág. 362.

(6) Ponente: Sra. Muriel Alonso. Recopilada por Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ, en su obra *Derecho de familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*, editorial Lex Nova, 1999, págs. 848 y 849.

(7) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996.

(8) Con ponencia del Sr. O’Callaghan Muñoz.

familiar por las SS. del TS de 16 de diciembre de 1996 y de 10 de marzo de 1998, razonando la primera que *‘las normas que sobre uso de la vivienda familiar contiene el código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan mas allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y de una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquellas valen también en este último caso’...*”, concluye afirmando que *“...el art. 96.3 permite, integrado con el artículo 4.1, una solución como la adoptada por ambas sentencias de instancia”*. El Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, de 9 de septiembre de 1998, ha declarado, en un caso de convivencia *more uxorio* durante casi diez años, en el que se apreció que la ruptura había generado un desequilibrio para la conviviente, por su situación de inferioridad económica y su precario estado de salud, otorgándosele el uso de la vivienda común, en aplicación de los criterios establecidos por el art. 96 del CC, a la conviviente perjudicada.

3. Viabilidad del desahucio por precario contra uno de los convivientes, rota la unión.

Aun cuando la figura jurídica del precario carece de una definición legalmente establecida, la jurisprudencia ha ido perfilando la misma hasta dejarla cristalizada como la ocupación de una cosa ajena sin título, o en virtud de un título nulo o que haya perdido su validez, es decir, sin que medie renta o cualquier otra contraprestación, ni otra razón que la mera condescendencia o liberalidad del dueño, de cuya voluntad dependerá el poner fin a su propia tolerancia, para lo cual deberá, al deducir la demanda, acreditar un título suficiente legitimador de su acción, mientras que al precarista demandado le incumbe demostrar la tenencia de algún título que le vincule con el objeto o con el demandante, justificando así su permanencia en el goce de la finca (por todas, la SAP de Barcelona de 8-1-2001).

Como síntesis de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al **concepto de precario**, merece ese calificativo, para todos los efectos civiles, *“una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y, por tanto, la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho”* (reiterada por la Sentencia del JPI núm. 7 de Córdoba, de 26-9-2001).

Con base en esa doctrina, cabe señalar que para que prospere la **acción de desahucio por precario** deben concurrir la posesión real de la finca por el demandante a título de dueño o cualquier otro derecho real que le permita su

disfrute, la posesión material carente de título y sin pago de merced por el demandado, y el transcurso del plazo de un mes desde que fue requerido el ocupante para el desalojo de la finca, antes de interponer la pertinente demanda de desahucio.

Constituye la esencia del precario, pues, el uso o disfrute de la cosa ajena, sin pagar renta o merced alguna, ni otra razón o título que legitime la posesión que la mera condescendencia o liberalidad del poseedor real (SSTS de 2 de junio y 17 de noviembre de 1961 y 6 de abril de 1962), confundándose el precario con la mera posesión tolerada (S. de 2 de junio de 1982), pues no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó el *Digesto*, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el derecho invocado para enervar el cualificado que ostente el actor (S. 31 de enero de 1995, recogiendo las de 13 de febrero de 1958 y 30 de octubre de 1986). Puede ser promovido el juicio de desahucio por precario por los que tengan la posesión real de la finca a título de dueños, de usufructuarios o de cualquier otro que les dé derecho a disfrutarla y sus causahabientes, contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe.

Pues bien, la cuestión, en esta sede, se centra en determinar si rota la unión de hecho, y el conviviente no titular queda ocupando la vivienda familiar, es la mera convivencia título suficiente para enervar la acción de desahucio por precario que el titular incoe contra aquél.

En la praxis judicial encontramos, también aquí, posiciones encontradas. La Audiencia Provincial de Vizcaya, en su Sentencia de 11 de diciembre de 1998, aplicando la doctrina sentada por el TS, desestimó la acción de desahucio incoada, una vez consumada la ruptura de la convivencia *more uxorio*, por parte del propietario de la vivienda en la que se había mantenido la cohabitación, contra la ex-conviviente que seguía usando la misma, puesto que según entendió la Sala es evidente que el uso de la vivienda que fuera familiar de ambos durante aquel tiempo, al margen de quien fuera el conviviente titular de la misma, no puede ser resuelto mediante un procedimiento de desahucio por precario, porque con independencia de a quién puede corresponder y durante cuánto tiempo, **deriva de una situación de trascendencia jurídica que debe resolverse en el ámbito del juicio declarativo ordinario, toda vez que el uso de la vivienda por la demandada, a partir de la ruptura de la unión, no puede calificarse sin más de mera liberalidad o condescendencia del propietario**, por derivar de una situación jurídica que *a priori* puede justificar la ocupación.

En idéntico sentido, la Audiencia Provincial de Orense, en su Sentencia de 4 de junio de 1999, considera que los efectos de la convivencia determinan que la ocupación del piso **no constituya una mera situación de precario** sino que ésta es consecuencia de la relación de hecho realmente existente⁽⁹⁾. Textualmente, dice lo siguiente: “...es evidente que la vivienda ocupada, al tiempo de la interposición de la demanda, por la demandada apelante es propiedad del actor, el cual, aparentemente, la compró cuando entre ambos litigantes mediaba ya una relación de convivencia marital, pues él mismo confirma a finales del año 1997 (mes de diciembre) que convivieron juntos al menos dos años y medio y la adquisición del inmueble se hizo en junio de 1994, y los testigos propuestos por la recurrente reconocen ese extremo como cierto. De esto se deduce que los efectos de esa convivencia determinan que la ocupación del piso por parte de la mujer no constituya una mera situación de precario sino que es consecuencia de la relación de hecho realmente existente y mantenida entre ella y el demandante, y por consiguiente las cuestiones relativas al derecho de uno u otro litigante respecto del mismo deben dilucidarse por la vía del proceso declarativo correspondiente y no por los cauces del juicio de precario, ya que, como se sostiene al contestar la demanda, **se está en presencia de cuestiones complejas que han de ser tenidas en cuenta para la resolución de lo que constituye objeto del pleito...**”.

Apréciase cómo el argumento básico de esta tesis no es otro sino el del carácter complejo de la cuestión, que sobrepasa con creces el ámbito sumario del desahucio por precario: No puede reputarse como simple precario la situación derivada de la ruptura de una convivencia *more uxorio*.

Por el contrario, ciertas resoluciones judiciales se pronunciaban en términos bien distintos, considerando adecuado dicho procedimiento sumario. Para ello se recurría al argumento de que la convivencia *more uxorio* no atribuye título para poseer tras la ruptura, negándose, igualmente, que estuviéramos en presencia de la aludida “cuestión compleja”, pudiéndose, por tanto, dilucidar en este proceso sumario —desahucio por precario—, la cuestión relativa a la adecuación o no de la posesión exclusiva por parte de uno de los convivientes de la vivienda familiar. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 15 de septiembre de 1994, declaró, en este sentido que “*tal complejidad no es posible apreciarla en el supuesto de autos, donde lisa y llanamente ha de determinarse si la interpelada ostenta título en el que amparar la situación posesoria sobre la vivienda reseñada. Sin perjuicio de las facultades jurídicas que a la demandada le asisten en orden a concretar las consecuencias patrimoniales*

(9) Debiéndose acudir al juicio declarativo ordinario correspondiente para determinar el derecho que corresponde a una y otra parte. También, cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 5.ª, de 18 de mayo de 1998.

derivadas del mantenimiento de la convivencia durante el tiempo indicado y su posterior ruptura, que en su caso deberán ser actuadas en el correspondiente juicio declarativo, no sirviendo de amparo la situación convivencial ya quebrada, como indubitadamente admitieron ambos litigantes, y no existiendo otro título invocado diverso a la convivencia more uxorio, que justifique la situación posesoria de la interpelada, debe ser estimada la existencia de una situación de precario cuya cesación puede ser instada por el propietario demandante...". En parecidos términos se han pronunciado las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid, de 22 de marzo de 1995, de Asturias, de 7 de abril de 1998 y de Jaén, de 23 de mayo de 1997.

II. EL JUICIO DE PRECARIO EN LA NUEVA LEC. SU NATURALEZA PLENARIA, Y SU INCIDENCIA EN LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS SUPUESTOS DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

De la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, de 7 de enero (a partir de ahora, LEC/2000), hemos de destacar, respecto a esta materia, los siguientes puntos de interés:

— En primer lugar, la desaparición del juicio de desahucio, tal y como se preveía anteriormente en los artículos 1570 y siguientes de la LEC/1881. El art. 250.1.2.º dispone que se decidirán en juicio verbal las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario.

De todos, los puntos más importantes de la nueva regulación legal son, de una parte, que el juicio verbal de precario, contrariamente a lo dispuesto en la LEC/1881, **no tiene la consideración de procedimiento sumario** (obsérvese por el contrario lo que sucede con el juicio verbal de desahucio por falta de pago de la renta, en cuanto que el nuevo artículo 444.1 dispone que “*cuando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación*”) y, de otro lado, que la sentencia que se dicte **tendrá fuerza de cosa juzgada material**. El nuevo artículo 447 dispone, en su apartado 2, lo siguiente: “*No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales... que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumaria*”. No compartimos la tesis defendida por alguna resolución judicial reciente, relativa a que la LEC/2000 no dota a la sentencia final del juicio verbal por precario de la eficacia de cosa juzgada material. Textualmente

la referida resolución declara, en su fundamento de derecho tercero, que “...*al no dotar a la sentencia final de la eficacia de cosa juzgada (art. 447 de la LEC), permite que puedan a volver a discutirse las cuestiones alegadas en un juicio ordinario*”.

Insistimos, en nuestra opinión no se puede defender el carácter plenario de un procedimiento y acto seguido afirmar que la sentencia que recaiga carece de efectos de cosa juzgada material. En palabras del Catedrático Faustino CORDÓN MORENO, la eficacia de una sentencia sobre el fondo dependerá del tipo de tutela, plenario o sumaria, que se haya concedido: en el primer caso, producirá eficacia de cosa juzgada material en los términos previstos en el artículo 222 LEC/2000, mientras que, en el segundo, el art. 447 les priva expresamente de esta eficacia, afirmando este autor, textualmente, que “*en la nueva LEC no tendrán la consideración de sumarias las sentencias dictadas en el proceso de desahucio por precario*”.

Estas son las principales innovaciones que introduce la LEC/2000 en esta sede, y que rompen con el tradicional carácter sumario del desahucio por precario. Además, y contrariamente a lo que pudiera pensarse, no ha sido esto un *lapsus* del legislador, sino más bien una omisión consciente y voluntaria. Es una opción deliberada, cuya justificación —entendemos— no puede ser otra que de política legislativa —por otra parte más que criticable—. La explicación que nos da el legislador de la LEC/2000 la hallamos en su Exposición de Motivos, según la cual: “*la experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad*”.

Lo expuesto implica, como primera consecuencia, que a tenor de la nueva legislación procesal **carece de vigencia el atribuir naturaleza sumaria al juicio de desahucio por precario**, y señalar que su ámbito discursivo se reduce al examen del título invocado por el actor, la identificación del objeto sobre que recae y al estudio de la situación del demandado como poseedor material sin título, o cuando el invocado sea ineficaz y sin pagar merced, de tal manera que en su seno solamente pueden resolverse situaciones sencillas, claras y nítidas, posponiéndose todo otro problema jurídico al proceso declarativo correspondiente (vid. STS, 1.^a, de 31 de enero de 1995). **De igual forma ya no puede aplicarse la consolidada línea jurisprudencial según la cual no pueden ventilarse en su ámbito cuestiones de naturaleza compleja, que presenten como dudosa la verdadera situación de los demandados respecto a los bienes objeto de desahucio.**

Así, la doctrina del Tribunal Supremo había establecido que, en cuanto a la acción fundada en el artículo 1565 de la LEC/1881, el juicio de desahucio sólo podía utilizarse cuando entre las partes no existían más vínculos jurídicos que los derivados del contrato de arrendamiento o de la situación de precario, pero cuando existían otros o eran de tal naturaleza o tan especiales o tan complejas las relaciones que ligaban a las partes que **no era racionalmente posible apreciar su finalidad y transcendencia en el juicio de desahucio, dado su carácter sumario, no procedía la utilización del mismo, porque entonces se convertiría este procedimiento sumario en un medio de obtener “con cierta violencia” la resolución de un contrato sin las garantías de defensa e información que ofrecen los juicios declarativos** (por todas, S. 14-4-1992, que cita otras precedentes, como las de 18-12-1953 y 17-3-1969).

De esta forma, se afirmaba que *“en este tipo de procesos sumarios el ámbito discursivo se reduce al examen del título invocado por el actor; a la identificación del objeto sobre el que recae y al estudio de la situación del demandado como poseedor material sin título o cuando el invocado sea ineficaz y sin pagar merced, de modo que si el tema de oposición planteado por el demandado es complejo debe recurrirse al procedimiento ordinario”* (STS 31-1-1995). En cuanto a la cuestión compleja, era doctrina sentada la que declaraba que *“al juzgador incumbe discernir entre las alegaciones inconsistentes, a todas luces infundadas o que no tienen conexión con la materia de debate, las cuales pueden ser rechazadas de plano en el juicio de desahucio; y aquellas otras que fundándose en un título legítimo y suficiente, para hacer por lo menos dudosa la actuación del demandante, no aparezcan como un medio artificiosamente ideado para prolongar ocupaciones abusivas y, planteen realmente, cuestiones que requieran para ser resueltas la amplia discusión que el juicio de desahucio no permite, (o, al menos) que el título esgrimido por el demandado tenga apariencia de válido y le otorgue ‘prima facie’ derecho a la posesión”* (SSTS 26-6-1964 y 27-10-1967).

El desahucio por precario ha dejado de tener carácter sumario, por lo que, desde la entrada en vigor de la LEC/2000, ya no existe razón o argumento que justifique el debate existente hasta su entrada en vigor relativa a la procedencia de este procedimiento, o por el contrario el declarativo ordinario, para dilucidar las cuestiones relativas a la adecuación o no de la permanencia del conviviente no titular en la posesión de la vivienda familiar. En el juicio por precario se podrá entrar a conocer de las “cuestiones complejas” que, en la legalidad anterior, quedaban excluidas del mismo.

— Asimismo, **no puede tomarse en consideración el criterio jurisprudencial, seguido en las resoluciones de las Audiencias Provinciales**, que había ido delimitando las cuestiones que rebasaban el ámbito de este juicio. Entre ellas, como ya hemos adelantado, se encontraban las atinentes al derecho

de propiedad (SSTS 27-3-1950 y de 4-12-1964), a la validez de los títulos invocados por el actor (SSTS 24-5-1949 y 4-12-1964), y al mejor derecho a poseer (SSTS 23-11-1916 y 12-12-1919).

— **Esta solución por la cual opta el legislador**, privar de su tradicional naturaleza sumaria y sin efecto de cosa juzgada al desahucio por precario, **presenta** sin embargo **un grave inconveniente**, pues en sede del juicio verbal de la nueva LEC, las posibilidades de formular reconvencción son limitadas. La Sentencia del JPI núm. 1 de Pamplona, de 19-9-2001, a este respecto, entiende que así se deduce incontestablemente del art. 438, que, tras establecer la inadmisión de la reconvencción en los juicios verbales que deban finalizar por sentencia sin efectos de cosa juzgada, añade a continuación: *“en los demás juicios verbales sólo se admitirá la reconvencción cuando ésta se notifique al actor al menos cinco días antes de la vista, no determine la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre las pretensiones de la reconvencción y las que sean objeto de la demanda principal”*.

Si se tiene en cuenta el inequívoco dato de que en la mayoría de las ocasiones, y por razones meramente cuantitativas —superar el límite de 3.000 € fijado en el art. 250.2.^º de la LEC—, no se va a poder presentar demanda reconvenccional, el ámbito discursivo del desahucio por precario se va a ceñir al examen de las alegaciones del demandante. Circunstancia ésta que, *de facto*, aunque no desde una óptica estrictamente técnico-jurídica, limita la defensa del precarista, propiciando, además, que se resienta el principio procesal de igualdad de armas entre los litigantes, al que se refieren, entre otras, la Sentencia del TC de 17 de octubre de 1994 y el Auto del mismo Tribunal de 13 de mayo de 1999 (cfr. SJPI núm. 1 de Pamplona ya meritada).

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. MENORES

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 124/2002, de 20 de mayo.

Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Vives Antón.

Los acogedores preadoptivos tienen interés legítimo para comparecer en el procedimiento instado por los padres biológicos del menor oponiéndose a la declaración de desamparo.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por resolución de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía de 12 de noviembre de 1996 se declaró en situación de desamparo a dos hermanos, quienes hasta entonces se encontraban viviendo con su madre biológica, D.^a Carmen F.F., y se acordó su ingreso en un centro de acogida.
- Por resolución de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía de 2 de junio de 1997 se ratificó la situación de desamparo de los menores, y se acordó la constitución de un acogimiento familiar preadoptivo, siendo designados a tales efectos como acogedores D. Juan y D.^a Josefa, a quienes se les hizo entrega de los menores en esas mismas fechas.
- El JPI núm. 7 de Sevilla dictó sentencia, de fecha 8 de septiembre de 1998, en los autos acumulados de oposición al desamparo núm. 408/1997 y de acogimiento familiar núm. 878/1997, en la que declaró no haber lugar a la oposición al desamparo, formulada por la madre biológica de los dos menores, ratificando la situación legal de desamparo, y acordó la constitución del acogimiento familiar preadoptivo en las personas de D. Juan y D.^a Josefa.
- En el mes de marzo del año 2000 D. Juan y D.^a Josefa tuvieron conocimiento de que el procedimiento de oposición al desamparo no había aún concluido, pues se estaba tramitando un recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, circunstancia que hasta entonces ignoraban. Dicho conocimiento fue consecuencia de la citación que la Sec. 6.^a de la AP de Sevilla realizó en el rollo de apelación núm. 3044/1999 a los dos

menores para su exploración, siendo en ese momento cuando la Delegación de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía les comunicó a D. Juan y D.^a Josefa que ante aquella Sección se estaba tramitando el mencionado recurso de apelación.

- D. Juan y D.^a Josefa en fecha 10 de abril de 2000 presentaron escrito de personación en los autos acumulados de oposición al desamparo y de acogimiento, para ser parte en el procedimiento y defender los intereses de los menores, que, en definitiva, eran los suyos propios desde que les fueron entregados el día 2 de junio de 1997.
- La Sec. 6.^a de la AP de Sevilla, por Auto de 5 de junio de 2000 desestimó la pretensión de los demandantes de amparo de ser parte en el expediente.
- D. Juan y D.^a Josefa interpusieron recurso de súplica contra el anterior auto, que fue inadmitido a trámite por Auto de 11 de julio de 2000, al entender la Sección que no procedía su tramitación, puesto que anteriormente no había sido admitida su personación en el expediente.
- La Sec. 6.^a de la AP de Sevilla dictó sentencia el 12 de junio de 2000, en la que estimó el recurso de apelación interpuesto por D.^a Carmen F. F., y en consecuencia declaró la inexistencia de la situación legal de desamparo, dejó sin efecto el acogimiento familiar preadoptivo constituido a favor de D. Juan y D.^a Josefa, y ordenó que los menores fueran devueltos y colocados bajo la guardia y custodia de su madre biológica, recuperando ésta así su patria potestad, lo que se debería de llevar a cabo de inmediato.
- D. Juan y D.^a Josefa interpusieron recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que les reconoció la legitimación para intervenir en el procedimiento de oposición al desamparo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Fundamentación jurídica del recurso de amparo interpuesto por los acogedores.

El fundamento jurídico de la demanda de amparo es la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

a) Al auto de 5 de junio de 2000 se le imputa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, al haber denegado a los recurrentes en amparo su personación en el proceso *a quo*, analizándose en la

demanda cada uno de los tres motivos en los que la Audiencia Provincial basó su decisión.

Por lo que al primero de ellos se refiere, que radica en la fase del procedimiento en la que se solicitó la personación, la representación procesal de los demandantes de amparo, tras aludir a los conceptos de parte procesal y de tercero, y afirmar que aquéllos, en tanto que padres acogedores en régimen de preadopción, tienen interés en el procedimiento, y que algún derecho les debe de corresponder, considera que el órgano judicial ha incurrido en una apreciación errónea, di-

manante de la confusión de dos conceptos distintos, por un lado, el aspecto formal de las fases procedimentales en que se vertebra una causa, y, por otro, el fundamento legal del interés legítimo. Asevera en este sentido que el Juzgador viene obligado a escuchar y permitir el acceso del justiciable en el procedimiento en el momento en que tenga conocimiento, incluso de oficio, de que se juzga una cuestión que afecta de forma directa o indirecta a sus intereses.

En cuanto al segundo motivo, en el que la Audiencia Provincial denegó la personación de los demandantes de amparo al entender que los intereses de los menores se encontraban atendidos por el Ministerio Fiscal y por la Administración, se afirma en la demanda que, si bien tal apreciación es cierta, ello no quiere decir que dichos intereses se encuentren atendidos con carácter exclusivo y excluyente por el Ministerio Fiscal y la Administración.

La solicitud de personación se fundamenta en el hecho de que la misma puede redundar y beneficiar lo que constituye el centro de gravedad de la L. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y de la LEC, que no es otro que “el interés superior de los menores”. Esta Ley pretende que la sociedad adopte una nueva mentalidad ante el menor y sus indeclinables derechos, y se obsesiona por evitarle tanto las situaciones arriesgadas como las de desamparo, de ahí la regulación de la figura de acogimiento, que introdujo la L. 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del CC y de la LEC en materia de adopción. De modo que la Sala, para tomar una decisión completamente ajustada a Derecho, tenía que oír a todas las partes implicadas y relacionadas en el asunto. En concreto, para la instrucción y el enjuiciamiento de la litis, la Sala debió tener en cuenta el hecho fundamental, del cual no ha tenido conocimiento, “de que los menores se encontraban plenamente integrados en una familia”. El conocimiento de tal circunstancia es fundamental, y su omisión co-

loca a los demandantes de amparo en una situación de total indefensión y desprotección, si no se les permite ser parte en el procedimiento.

Respecto al tercer y último motivo, la reserva y confidencialidad que la Ley establece en relación con este tipo de procedimiento, se afirma en la demanda de amparo que la L. 21/1987, de 11 de noviembre, ha previsto en su disp. adic. 1.^a el mecanismo de la reserva de actuaciones, lo que significa que las personas que intervengan en la tramitación de estos procedimientos, tanto en vía administrativa como judicial, no podrán facilitar ningún tipo de información sobre el nombre y circunstancias de las personas que reciben a los menores, eliminando datos personales de los padres acogedores tanto en el escrito como en el poder, de modo que, manteniéndose éstos en sobre cerrado, quedaría resuelta dicha confidencialidad.

b) A continuación se argumenta en la demanda de amparo sobre la legitimación de los padres acogedores preadoptivos para ser parte en un procedimiento, en el que se tramitan conjuntamente un expediente de oposición al desamparo de unos menores y un expediente de acogimiento preadoptivo de los mismos.

Se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria, en el que no hay partes, sino sujetos afectados por las medidas o interesados. Es evidente que los menores tienen un interés legítimo en el procedimiento, y que, por lo tanto, en aplicación del art. 1813 LEC de 1881, pueden comparecer los acogedores preadoptivos en el expediente, y formular las manifestaciones que tengan por conveniente, aportar documentos, informaciones o justificantes. Pueden informar de la perfecta integración de los menores en su vida familiar, así como poner de manifiesto los perjuicios que podría causarles la desaparición del acogimiento. También pueden proponer como pruebas que se realicen informes psicológicos por parte del equipo técnico del Juzgado acerca de cómo ha transcurrido la vida de los menores durante los tres años que ha durado el acogimiento.

Actuaciones que no se han realizado en este caso, no habiendo tenido ocasión la Sala de conocer tales circunstancias, al no permitir la personación de los demandantes de amparo.

Dichos demandantes son los actuales guardadores de hecho de los dos menores. En este sentido se afirma en la demanda de amparo que es pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia que, tanto la tutela llamada plena o perfecta, como la denominada tutela o guardia de hecho, son en mayor o menor medida tutela, y participan de las características de la tutela en general: una formal y otra informal. La informal, además de efectivamente ejercida, es la guarda de hecho, lo que se viene en llamar “tutela asumida de hecho sin guardar las formalidades legales”. Lo relevante a efectos jurídicos es el efectivo ejercicio de la guarda desde el mismo momento en que se dé la situación de guarda de hecho y hasta que ésta cesa, pues de lo que se trata fundamentalmente es de proteger, lo más inmediatamente posible, al menor desvalido, siendo tal protección un interés prevalente, en función del cual se arbitran todas las funciones tuitivas, incluida la guarda de hecho.

El art. 304 CC dispone que “los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”. Este precepto no distingue entre actos relativos a la persona y actos relativos a los bienes del tutelado, ni entre actos meramente conservativos y los demás actos posibles. Por consiguiente se ha de entender que el guardador de hecho puede, y debe, realizar actos sobre la persona guardada. Este deber específico no es otro que el de velar por aquélla, y en ello se manifiesta la naturaleza subrogada de la patria potestad, que caracteriza a la tutela, que el CC califica en relación con la tutela de obligación, y se encuentra sometida a un control y supervisión judicial más rigurosos.

El primero de los límites a la actuación del guardador de hecho en la esfera personal

es la intervención del propio menor en las decisiones que le afecten, bien por el camino del derecho de intervención, bien mediante el ejercicio por el mismo de las parcelas de autonomía que le permita la propia Ley, bien, por último, mediante la necesaria intervención de la autoridad judicial. Precisamente por ello los actos que, con base en las obligaciones y derechos antes citados, realiza el guardador de hecho en relación con la esfera personal del guardado, han de ser susceptibles de impugnación, han de tener, en principio, una eficacia claudicante, y han de poder ser anulados, independientemente de lo que el juez pueda establecer sobre la pauta del art. 303 CC llegado el caso. El art. 304 CC hay que entenderlo referido también a los actos de la persona, y no sólo a los bienes del guardado.

En esta línea argumental los recurrentes en amparo entienden que la STC 113/1997, de 3 de enero, cuyo FJ 6.^º se reproduce en la demanda de amparo, ha de ser interpretada, de forma inequívoca, en el sentido de que el TC reconoce que los guardadores de hecho, si no titulares de derechos subjetivos, sí son portadores de intereses legítimos respecto al menor guardado, así como que, dada la extraordinaria importancia que revisten los intereses y derechos en juego, no son de aplicación en estos supuestos, al tratarse de menores, ni la preclusividad procesal, ni la excesiva rigurosidad de las normas procesales.

Así pues, los demandantes de amparo entienden que son titulares de un interés legítimo, interés que la jurisprudencia del TS define, diciendo que “consiste en el que tienen determinadas personas por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser destinatarias de una regulación determinada de tal manera que tal interés alcanza a todo interés moral o material que pueda resultar beneficiado por la estimación de la pretensión ejercitada, sin necesidad de que sea personal o directo según doctrina de este Tribunal y del TC que ha venido reiterando que el con-

cepto de interés legítimo es más amplio que el de interés personal y directo” (STS, 3.^a, de 18 de febrero de 1997).

Por su parte, el art. 9 de la L. 1/1996, de 15 de enero, establece el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado, y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Asimismo el art. 173 CC dispone que el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida familiar, e impone a quien lo recibe la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Indudablemente que el Ministerio Fiscal es quien representa a los menores, pero en virtud del acogimiento existente mal ejercería su cometido si los padres acogedores no comparecieran en el procedimiento de desamparo, vital en el futuro de los niños, a exponer su conocimiento sobre ellos. El principio rector de este tipo de procesos es, como se dice en la S. de 19 de febrero de 1988, dejar establecida la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor, como los más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paternofiliales. De ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben de primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor.

c) Finalmente los demandantes de amparo imputan al Auto de 11 de julio de 2000 la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente previstos,

al haber inadmitido, por no ser parte en el expediente, el recurso de súplica que interpusieron contra el Auto de 5 de junio de 2000, que denegó su personación en el proceso *a quo*.

Concluye la demanda de amparo, suplicando del TC que, tras los trámites legales pertinentes, dicte sentencia, en la que se otorgue en el amparo solicitado, se declare la nulidad de los Autos de 5 de junio y 11 de julio de 2000, así como la de todo lo actuado en el procedimiento a partir del primero de los mencionados autos. Mediante otrosí, de acuerdo con lo previsto en el art. 56.1 LOTC, se interesó la suspensión de la ejecución de la S. de 12 de junio de 2000 de la Sec. 6.^a de la AP de Sevilla, dado que su inminente ejecución haría perder la finalidad al recurso de amparo.

2. Alegaciones de la madre biológica.

Entiende la madre biológica que ningún interés legítimo ha resultado proscrito en el recurso de apelación como consecuencia de las resoluciones judiciales impugnadas, ya que el interés de los menores se salvaguarda perfectamente por la actuación del Ministerio Fiscal y de la propia Administración, sin que sea digno de tener en cuenta, al tratarse de un interés menor, secundario y en todo caso subsiguiente, el interés de los hipotéticos adoptantes. En este sentido resalta que la resolución sobre la existencia o no de desamparo de los menores es previa a la posibilidad de acogimiento, preadopción o adopción, de modo que ha de decidirse independiente y primariamente la cuestión del desamparo, en la que sólo están implicados los menores, defendidos por los titulares de la patria potestad, en este caso, el Ministerio Fiscal, el Estado o la Administración autonómica correspondiente y la persona a quien se responsabiliza del desamparo de los menores, es decir, la madre biológica, sin que quepa introducir en la relación procesal a terceros, cuyo interés consiste en consolidar su expectativa de adopción.

Tras afirmar que los demandantes de amparo carecen de legitimación *ad causam*, ya que defienden sus propios intereses o expectativas de adopción, pero no los intereses de los menores, ordena por su importancia los diversos intereses concurrentes en este asunto. El primero y mayor interés es el bienestar de los menores, para lo que previamente debe determinarse si se hallaban o no en estado de abandono por sus progenitores; el segundo interés en importancia estriba en determinar si efectivamente la madre biológica incumplía sus obligaciones con los menores, para colegir, en su caso, una privación de derechos a la misma; en tercer lugar se encontraría el derecho del Estado o la Administración en intervenir en la situación, adoptando o no medidas que redunden en beneficio de los menores; y, por último, en cuarto lugar, se situaría el interés de los terceros, padres preadoptivos, en consolidar su expectativa de adopción, tratándose de un interés tan general y posterior a los precedentes, que exige previamente determinar lo procedente sobre los tres anteriores que lo condicionan.

No se trata, por lo tanto, de dar la posibilidad en el procedimiento de defender prioritariamente este último interés, sino precisamente de clarificar si se dan o no las circunstancias que posibilitan la expectativa de quienes están dispuestos a interesarse en el asunto. En otras palabras, si no existe una situación previa de desamparo, como se ha determinado que no existió en este caso, ninguna expectativa se genera sobre adopción y acogimiento, y, en consecuencia, ningún interés pueden tener los terceros en intervenir en el procedimiento, que trata de determinar la existencia o no del desamparo. De modo que hay que concluir que los demandantes de amparo sostienen artificialmente su legitimación *ad causam*, ya que, aun cuando exista una decisión administrativa sobre acogimiento, lo que ha decidido el Tribunal de apelación es que dicho acuerdo administrativo no se ajusta a la legalidad, dado que los menores se entregaron en aco-

gimimiento arbitrariamente, no pudiendo sustentarse ninguna pretensión con base en ese acto arbitrario.

La doctrina ha venido exigiendo, para que pueda detentarse una legitimación *ad causam*, la existencia de un verdadero interés legalmente protegido, que no tienen los demandantes de amparo en adoptar a los menores hasta que quede claro y patente que esos menores pueden ser adoptados. Si en el procedimiento en el que tratan de personarse la pretensión de la madre biológica consiste en que se declare la inexistencia de desamparo de los menores, es evidente que los interesados son los propios menores representados por el Ministerio Fiscal, la madre biológica y, en su caso, la Administración correspondiente, pero difícilmente puede sostenerse que haya otros terceros interesados en la cuestión.

En la hipótesis de que se hubiera admitido la personación de los demandantes de amparo se habrían violado, en primer lugar, los intereses superiores de reserva y confidencialidad afectantes a los menores y a la madre biológica; y, en segundo lugar, en nada habría afectado a la decisión que en apelación adoptó la Audiencia Provincial, pues fueron respetados todos los intereses dignos de protección, de modo que con la personación intentada se pretende dilatar y enrevesar la situación en la que se hallan inmersos los menores y la madre biológica.

En definitiva, el objeto del recurso de apelación es la existencia o no de desamparo de los menores, y respecto a dicho objeto ninguna relación tienen los demandantes de amparo, por lo que no pueden justificar, como así lo entendió la Sala, su intervención en el litigio, careciendo, por ello, de toda aptitud específica para intervenir en la litis, la cual ostentan, por el contrario, el Ministerio Fiscal, la Administración y la madre biológica. Una vez resuelta la cuestión sobre la existencia o no de desamparo de los menores, es precisamente cuando se abre o no la posibilidad de plantear otros intereses, como el acogimiento, pero no puede afirmarse

que antes o durante el litigio sobre desamparo surjan o puedan suscitarse otros intereses. El pronunciamiento sobre la existencia o no de desamparo de los menores supone el enjuiciamiento de los comportamientos, actuaciones, rasgos personales y familiares de los padres, en este caso de la madre, actividad procesal que exige, junto a la mayor meticulosidad y rigor, reserva y respeto a la esfera íntima de las personas implicadas, lo que resultaría alterado en su esencia si se permitiera el acceso al procedimiento como parte a todos aquellos que alegaran haberse relacionado de algún modo con los menores o con los padres biológicos, permitiéndoles aportar versiones personalizadas que en nada ayudan al Juzgador. Así pues los demandantes de amparo, en cuanto titulares de una expectativa de adopción, carecen de acción, razón y derecho para personarse en el procedimiento sobre la previa existencia de desamparo de los menores.

Concluye el escrito solicitando del TC que dicte sentencia desestimatoria del recurso de amparo con expresa imposición de costas a la parte demandante.

3. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones en fecha 15 de marzo de 2002, interesando del TC que dicte sentencia otorgando el amparo solicitado.

a) Tras reproducir la doctrina recogida en la STC 311/2000, de 18 de diciembre, sobre la legitimación para comparecer en el proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva (FJ 3), el Ministerio Fiscal manifiesta que la legitimación que los demandantes de amparo pretenden en el procedimiento *a quo* depende de la relación que tengan con el objeto del proceso, de modo que la respuesta a la cuestión planteada no puede ser unívoca para todos los casos de acogimiento, sino que habrá que atender, caso por caso, a la clase de acogimiento y a la posición de los acogedores, tanto en dicho negocio

jurídico, como en el proceso para su constitución.

Es indudable que el acogimiento en nuestro Ordenamiento, después de las reformas llevadas a cabo por la L. 21/1987, de 11 de noviembre, y por la LO 1/1996, de 15 de enero, es un negocio jurídico perteneciente al Derecho de Familia, de carácter personal y temporal, que las entidades competentes en materia de protección infantil en cada Comunidad Autónoma proponen celebrar a los acogedores y a los progenitores de los acogidos, para que aquéllos, con o sin contraprestación económica, reciban en su casa a un niño, y lo cuiden como si de un hijo se tratara durante el tiempo en el que el negocio se mantiene vigente. Así resulta del art. 173 CC, precepto en el que se imponen a los acogedores los deberes de velar por el acogido, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurar para él una formación integral, sin que por ello el acogido pierda su *status familiae*.

La situación jurídica de los acogedores depende de la clase de acogimiento que se constituya, aunque sea necesario reconocerles a todos el *status* de, al menos, guardadores de los niños acogidos, para que puedan cumplir los deberes que asumen. En nuestra legislación se distingue, además de un acogimiento provisional, previsto con carácter cautelar mientras se formaliza judicialmente la clase de acogimiento que se constituya en cada caso (art. 173.3 CC), entre acogimiento residencial y acogimiento familiar (art. 172.3 CC) y dentro del acogimiento familiar entre acogimiento simple, permanente y preadoptivo (art. 173 bis CC).

El acogimiento familiar simple está previsto que se constituya mientras que se produce la reinserción del acogido en su familia de origen; el acogimiento familiar permanente se constituye cuando, siendo imposible la reinserción familiar del acogido, tampoco es considerado susceptible de ser adoptado; finalmente, el acogimiento familiar preadoptivo se constituye con carácter previo a la adopción, bien como medida cautelar, que regulariza jurídicamente la si-

tuación entre el niño y su familia sustituta mientras se tramita la adopción, bien porque, siendo susceptible de adopción el niño y los acogedores idóneos para ser adoptantes, se considere necesario establecer un período de acoplamiento entre acogedores y acogidos previo a la formalización de la propuesta de adopción.

Los acogedores preadoptivos, por tanto, gozan de un *status* jurídico reforzado con respecto a los demás acogedores en general, ya que, además de ser, al menos, guardadores del acogido, tienen una expectativa de convertirse, jurídicamente hablando, en padres del mismo, por lo que su situación no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico, debiendo reconocérseles la posibilidad de tener acceso a los procesos judiciales que puedan afectar a la situación personal de los acogidos, y no solamente por la información que sobre los niños puedan aportar para constituir su familia, como alegan los demandantes de amparo, sino para defender la expectativa que tienen de convertirse en padres adoptivos del acogido.

b) En el caso ahora enjuiciado se decidió en primera instancia acumular los procesos en los que se ventilaban, respectivamente, la oposición de la madre biológica a la declaración de desamparo y la formalización judicial del acogimiento preadoptivo, sin que las personas propuestas como acogedores tuvieran la posibilidad de intervenir en el proceso, ya que no consta que tuvieran noticia de la tramitación, pues, aunque el Juzgado que inicialmente conoció de la pretensión de constituir judicialmente el acogimiento preadoptivo acordó su citación para ser oídos y señaló fecha para la práctica de esta diligencia, fue suspendida el mismo día que estaba prevista su realización, pudiendo afirmarse, incluso, que no se llegaron a librar las cédulas de citación correspondientes, ya que sus copias no aparecen unidas a las actuaciones.

Es indudable, en opinión del Ministerio Fiscal, que los acogedores preadoptivos del niño, cuya custodia les ha sido confiada en virtud de una resolución administrativa que

declara su desamparo, tienen derecho a ser oídos en un proceso, en el que, al mismo tiempo, se va a decidir sobre la formalización judicial de dicho acogimiento y sobre la oposición a la declaración de la situación de desamparo en cuya virtud se constituyó. Así resulta del art. 1828 LEC de 1881, de modo que si la propia configuración legal del proceso de constitución de cualquier clase de acogimiento establece que es preceptivo oír a las personas propuestas como acogedoras, resulta innegable que desde la perspectiva constitucional tal derecho no le puede ser negado, por formar parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Incluso, aun en el caso de que constituyera objeto del proceso exclusivamente la oposición a la declaración de situación de desamparo, los acogedores preadoptivos también tendrían derecho a intervenir en el proceso, siempre que el niño del que sean acogedores hubiese sido declarado previamente en situación de desamparo, y a raíz de tal declaración se hubiese acordado como medida de protección la constitución del acogimiento. El fundamento de la necesidad de tal intervención no radica en la posibilidad de poder aportar datos relativos a los acogidos, que pudieran ser decisivos para la resolución final a adoptar, ya que los mismos podrían ser introducidos en el proceso por otros medios de prueba, sino en que los acogedores mismos tienen una expectativa jurídica de convertirse en padres del niño, cuya adopción exige que se les permita defenderla en los procesos en los que la misma se esté discutiendo.

c) Sentado cuanto antecede, el Ministerio Fiscal entiende que las razones esgrimidas en el auto de la Audiencia Provincial en el que se denegó la personación de los demandantes de amparo no cumple los cánones establecidos por una reiterada doctrina de este Tribunal respecto a las decisiones judiciales que impiden el acceso al proceso. En este sentido señala que, ni el hecho de que cuando se pretendieron personar el proceso se encontrase en fase de apelación, ni

el hecho de que los acogidos contasen con representación legal en el proceso, ni, en fin, la confidencialidad con la que deben tramitarse tales procesos respecto a los acogedores, son razones suficientes para impedir que los demandantes de amparo intervengan en el proceso.

En efecto, el escrito de personación se presentó dos meses antes de que se dictara la sentencia de apelación, por lo que nada se oponía a aceptar la personación de los recurrentes en amparo y a que formularan su pretensión, de la que se pudo dar traslado a las demás partes, para que la conocieran, y adoptaran frente a la misma la postura que estimasen procedente. Asimismo la confidencialidad sobre los acogedores no es incompatible con su intervención en el proceso, reservando u ocultando su identidad. Finalmente la intervención de los demandantes de amparo en el proceso debe concederse, no para defender los derechos de los acogidos, sino, sobre todo, para defender su condición de acogedores preadoptivos.

4. Alegaciones de la entidad pública tutora de los menores.

La Letrada de la Junta de Andalucía evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito presentado el día 27 de marzo de 2002, que, en lo sustancial, a continuación se extracta:

Los recurrentes en amparo, en su opinión, han padecido una doble vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). De un lado, al haberles denegado el Auto 5 de julio de 2000 legitimación para ser parte en el proceso, pese a ostentar un interés legítimo respecto a la resolución que en su día recayera en el mismo, y cuyos efectos indudablemente les alcanza, como se evidencia ahora en la fase de ejecución de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. De otro lado, al haberse inadmitido por el Auto de 11 de julio de 2000 el recurso de súplica que interpusieron contra el anterior

auto, lo que les ha supuesto una privación de acceso al sistema de recursos al margen de las causas tasadas por el legislador, causándoles con ello una evidente indefensión.

Ciertamente una y otra vulneración son inseparables, y en este sentido entre ambas causan una única lesión a los demandantes de amparo, que no es otra que la de privarles del acceso a los Tribunales en defensa de un interés legítimo que ostentan. En este sentido la Letrada de la Junta de Andalucía entiende que no es de recibo la primera afirmación en la que se basa el Auto de 5 de julio de 2000 para denegar la personación a los recurrentes en amparo, y que estriba en la fase del proceso en la que la solicitaron, ya que ningún precepto legal vincula la legitimación para ser parte en el proceso con el momento procesal en el que éste se encuentre, de modo que la comparecencia en un momento o fase posterior podrá tener para la parte que la pretenda sus efectos en orden a las actuaciones que pueda practicar, pero en modo alguna le priva de su legitimación. Asimismo considera que el argumento relativo a la confidencialidad de los datos del proceso respecto a los acogedores es una afirmación carente de fundamento, pues la personación a través de profesionales técnicos, Abogado y Procurador, permitiría perfectamente mantener la reserva y confidencialidad, sin merma de los derechos de la parte a estar presente en un procedimiento, en el que, sin duda, la resolución que recaiga le alcanzará directamente en sus efectos. Además este reparo se ha revelado innecesario en los presentes autos, en los que la ejecución de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ha hecho imprescindible, no sólo desvelar los datos de los acogedores, sino integrar a éstos, necesariamente, en la propia ejecución. Finalmente, si bien es cierto que el interés de los menores se encuentra defendido por el Ministerio Fiscal y por la Administración, no lo es menos, sin embargo, que no tiene por qué serlo con carácter exclusivo y excluyente, máxime, como acontece en este caso, ante procesos en los que el respeto y protección al superior

interés del menor se erige en principio inspirador y fundamental del proceso. En este supuesto cobra especial relevancia para la valoración de los intereses de los menores el hecho de que llevaban insertos en una familia desde el año 1997, de modo que el “interés de los menores en continuar con los acogedores es el envés que tienen éstos, los acogedores, en permanecer con aquéllos”.

En conclusión, existe un interés propio de los acogedores íntimamente ligado con el de los menores, que no está directamente representado por el Ministerio Fiscal, máxime si, como es el caso, en la fase de ejecución ha sido admitida su personación, hasta el punto de que resultan imprescindibles para ejecutar la decisión de la Audiencia Provincial, por lo que, si existe una obligación —los acogedores deben colaborar inexorablemente en la ejecución de la resolución judicial—, también debe existir un derecho, y éste no es otro que el derecho a ser tenidos por parte, y ser oídos en el proceso, de indudable eficacia en su esfera personal y familiar.

Concluye su escrito solicitando del TC que dicte sentencia en la que se otorgue el amparo interesado, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento procesal en el que indebidamente se denegó la personación de los acogedores.

5. Resolución del Tribunal Constitucional.

a) Precisiones en orden a delimitar el objeto y alcance de la labor enjuiciadora del Tribunal Constitucional.

Delimitadas en los términos expuestos las posiciones de quienes han comparecido en este proceso de amparo, con carácter previo a examinar la cuestión de fondo suscitada, resulta necesario realizar algunas precisiones en orden a delimitar el objeto y alcance de nuestra labor enjuiciadora.

En primer lugar los demandantes de amparo aducen haber padecido una doble vulneración del derecho a la tutela judicial

efectiva (art. 24.1 CE), en sus vertientes de derecho de acceso al proceso y de derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, que imputan, respectivamente, al Auto de 5 de junio de 2000, que denegó su personación en el procedimiento *a quo*, y al Auto de 11 de julio de 2000, que inadmitió a trámite el recurso de súplica que interpusieron contra el anterior auto, por no ser parte en dicho procedimiento. Ciertamente al Auto de 11 de julio de 2000 no puede conferírsele otro significado, en el contexto en el que ha sido dictado, que el de confirmar la decisión de denegar la personación de los demandantes de amparo (STC 301/2000, de 11 de diciembre, FJ 1), de modo que las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva que se denuncian devienen inseparables, y confluyen en la que constituye la queja principal de los recurrentes en amparo; esto es, la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al proceso, al habérseles denegado su personación en el procedimiento *a quo* pese a ser, en su opinión, titulares de un interés legítimo en razón de su condición de acogedores preadoptivos de los dos menores.

En segundo lugar el anterior planteamiento acota el ámbito de la controversia sometida al conocimiento de este Tribunal en el actual proceso de amparo. La cuestión que hemos de dilucidar consiste exclusivamente en determinar si, al haber denegado la personación de los demandantes de amparo en el procedimiento *a quo*, la Audiencia Provincial ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, al impedirles la posibilidad de que fueran oídos en cuanto titulares de legítimos intereses, dada su condición de acogedores preadoptivos de los dos menores, resultando, por lo tanto, temas ajenos a la controversia aquí y ahora suscitada y al pronunciamiento de este Tribunal la corrección o no de la declaración de desamparo de los dos menores y de la subsiguiente constitución del acogimiento preadoptivo a favor de los ahora demandantes de amparo.

b) Doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y, dentro de ella, de modo más concreto, la alusiva a su vertiente de derecho de acceso al proceso.

Puesto que lo que se cuestiona en este recurso de amparo es la decisión judicial de denegar la personación de los demandantes de amparo en el procedimiento *a quo* en su condición de acogedores preadoptivos de los dos menores, el Tribunal Constitucional recuerda de modo sumario y en lo pertinente la doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y, dentro de ella, de modo más concreto, la alusiva a su vertiente de derecho de acceso al proceso.

Este TC ha declarado de manera constante y reiterada que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales, que reconoce el art. 24.1 CE, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso, para promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (STC 220/1993, de 30 de junio, FJ 3). No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. En cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales, que determinan su alcance y contenido, y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 140/1993, de 19 de abril, FJ 6; 12/1998, de 15 de enero, FJ 4, entre otras). De este modo el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras

del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (SSTC 4/1988, de 12 de enero, FJ 5; 141/1988, de 29 de junio, FJ 7; 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3).

También puede verse conculcado el derecho de acceso a la tutela por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, que revele una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable (SSTC 35/1999, de 22 de marzo; 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3).

Asimismo es reiterada doctrina constitucional respecto del derecho de acceso a la jurisdicción que la interpretación de las normas procesales, y más en concreto el control de la concurrencia de los presupuestos que condicionan la válida constitución del proceso, son, en principio, operaciones que no trascienden el ámbito de la legalidad ordinaria, que competen a los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia *ex art.* 117.3 CE, no siendo función de este TC examinar la interpretación de la legalidad hecha por los órganos judiciales, salvo que por manifiestamente arbitraria, claramente errónea, o por no satisfacer las exigencias de proporcionalidad, inherentes a la restricción de todo derecho fundamental, implique por sí misma una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 140/1987, de 23 de julio, FJ 2; 132/1992, de 28 de septiembre, FJ 2; 138/1995, de 25 de septiembre, FJ 3; 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 236/1998, de 14 de diciembre, FJ 2; 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 301/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3). Descendiendo de lo general a lo parti-

cular, en el marco de la doctrina expuesta este TC ha declarado que no es de su competencia entrar a considerar con carácter general quiénes deben estimarse legitimados para ser parte o personarse en un determinado proceso, lo que constituye normalmente, con la salvedad de las excepciones apuntadas, un problema de estricta legalidad ordinaria, que incumbe resolver a los órganos jurisdiccionales (STC 301/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; AATC 17/1990, de 15 de enero; 48/1996, de 26 de febrero).

Asimismo nuestra doctrina ha señalado que el art. 24.1 CE impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los jueces y Tribunales (SSTC 71/1991, de 8 de abril, FJ 3; 210/1992, de 30 de noviembre, FJ 3; 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3), y que dicho precepto constitucional habilita a quienes ostenten algún derecho o interés legítimo, que pueda verse afectado, para comparecer y actuar en el procedimiento (STC 56/2001, de 26 de febrero, FJ 2).

c) Análisis del caso concreto objeto del recurso.

La situación de supuesta indefensión que denuncian los demandantes de amparo habría acontecido en este caso en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que regula el Libro III de la LEC de 1881, en concreto, sus arts. 1825 y ss. En relación con tal tipo de procedimiento este Tribunal ha tenido ocasión de advertir, al resolver recursos de amparo que presentan cierta analogía con el presente, que el art. 24 CE “no impone cauces procesales determinados, siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables (SSTC 11/1982, 1/1987, 43/1987 y 160/1991). Lo fundamental desde la óptica constitucional es apreciar si en las circunstancias del concreto proceso seguido el titular del derecho fundamental ha disfrutado de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos mediante los medios de alegación y de prueba suficientes, cuando se

actúa con la diligencia procesal razonable (SSTC 4/1982, FJ 5 y 14/1992, FJ 2)” (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 3, que reitera doctrina recogida en las SSTC 76/1990, FJ 6; 298/1993, de 18 de octubre, FJ 6; 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). De modo que, añade el Tribunal, “al encauzar el conocimiento judicial de estas controversias sobre la situación familiar de los menores a través de procedimientos tan flexibles, sean o no caracterizables en sentido estricto como ejercicio de la jurisdicción voluntaria, la LEC transparenta su intención de servir importantes fines. Uno, asegurar que todas las actuaciones serán llevadas a cabo “con la conveniente reserva”, evitando en particular que se quiebre la muralla de discreción que la ley establece entre la familia de origen y la familia adoptiva (arts. 173.4 CC y 1826 LEC). Otro fin al que sirve el carácter informal e incisivo del procedimiento consiste en procurar que el Juzgado obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse que la medida a acordar resultará beneficiosa para el menor, cuyos intereses son prevalentes (arts. 172.4, 173.2 *in fine*, 174 y 176.1 CC y 1826 LEC)” (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 3).

En lo que interesa a este recurso de amparo, hemos declarado en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que “en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia... [tanto] los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, [que] son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen” (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3). Es lógico, pues, que “dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo d e

procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad... [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado” (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres “se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones” (art. 9.2).

De otra parte, en tales procedimientos se configura como prevalente el interés superior del menor. Principio que con carácter general proclama la mencionada Convención, al disponer que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (Exposición Motivos, arts. 2, 11.2 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del CC y de la LEC; arts. 172.4; 173.3 y 4; 173 bis; 1826 y 1827 LEC).

Finalmente ha de precisarse que la función encomendada en estos casos al juez no es la de juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), sino que, al ser concebida al modo de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse en las funciones que, de acuerdo con el art. 117.4 CE, puede atribuirle expresamente la Ley en garantía de cualquier derecho (STC 93/1983, de 8 de noviembre,

FJ 3). Los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este TC ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1826 LEC).

Así pues, a la luz de la doctrina constitucional expuesta, hemos de examinar la queja de los demandantes de amparo.

Ateniéndonos a las concretas circunstancias concurrentes en el presente caso, ha de resaltarse la condición de los demandantes de amparo de acogedores preadoptivos de los dos menores. La figura del acogimiento familiar produce 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, educarlo y procurarle una formación integral (art. 173.1 CC). Entre las diversas modalidades de acogimiento familiar que se prevén en nuestra legislación de menores el acogimiento familiar preadoptivo se formaliza por la entidad pública competente, cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados, y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para la adopción, pudiéndose también formalizar, cuando la entidad pública considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un período de adaptación del me-

nor a la familia (arts. 173 bis 3.º CC). Asimismo se podrá acordar por la entidad pública en interés del menor con carácter provisional, como ha acontecido en el supuesto que nos ocupa, cuando los padres o tutores no consientan o se opongan al acogimiento, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial (art. 173.3 CC). En este sentido ha de compartirse la afirmación del Ministerio Fiscal de que los acogedores preadoptivos gozan de un status jurídico reforzado respecto a los demás acogedores en general, ya que, además de ser, al menos, guardadores del acogido, tienen una expectativa de convertirse en adoptantes del mismo.

Pues bien, en atención a la condición de los demandantes de amparo de acogedores preadoptivos de los menores, y en atención también al objeto del procedimiento, en el que, en virtud de la acumulación de autos acordada por el Juzgado de Primera Instancia, se ventilaba, no sólo la oposición a la declaración de desamparo, sino también la formalización judicial del acogimiento preadoptivo a favor de los demandantes de amparo, no cabe negar a éstos un evidente interés legítimo en el objeto del procedimiento, a fin de personarse y ser oídos en el mismo, puesto que la decisión judicial que habría de dictarse y, consiguientemente, el mantenimiento y confirmación judicial de esa situación de acogimiento preadoptivo, como aconteció en la primera instancia, o su revocación, afectaba evidentemente a su esfera jurídica, ya que, de confirmarse el desamparo, continuarían en su condición de familia de acogida, y podrían ver cumplida su expectativa de instar la adopción de los menores, y, de revocarse, no sólo se anularía el acogimiento familiar, sino que se vería frustrada aquella expectativa. En consecuencia, siendo los demandantes de amparo titulares de un interés propio y cualificado, vinculado al objeto del procedimiento, no cabe duda de que poseen un interés legítimo para personarse y ser oídos en el mismo. Por lo demás, como señala el Ministerio Fiscal, tal derecho

de audiencia de los acogedores en el procedimiento de constitución de cualquier clase de acogimiento aparece plasmado en el art. 1828 LEC.

Incluso desde la perspectiva del prevalente interés superior del menor, que se configura como principio rector de la actuación de todos los poderes públicos en este ámbito (art. 11.2 LO 1/1996, de 15 de enero), no cabe negar en principio la condición de parte interesada y su consiguiente oportunidad de participar en el procedimiento para ser oídos (art. 9 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989) a quienes, como los demandantes de amparo, y en su condición de acogedores preadoptivos de los menores, habían convivido con ellos los tres últimos años, configurando un mismo núcleo familiar, cuando solicitaron la personación en el procedimiento, al objeto de que, en aras a la satisfacción de aquel interés prevalente, pudieran informar sobre la situación actual de los menores y su integración en la vida familiar. En este sentido resultan significativas, y contrastan con la decisión de denegar la personación de los ahora recurrentes en amparo, las consideraciones que se aducen en la propia sentencia de la Sec. 6.ª de la AP de Sevilla, al entender relevante para decidir el retorno de los menores con su madre biológica, no sólo el tiempo transcurrido desde que fueron separados de ella, sino también el conocer, entre otros factores, “el estado actual de los menores en la familia que viene ejerciendo como acogedora” (FJ único).

Una vez determinado que los demandantes de amparo, en su condición de acogedores preadoptivos de los dos menores, son titulares de un interés legítimo, que les permitía, *ex art. 24.1 CE*, comparecer y ser oídos en el procedimiento *a quo*, queda únicamente por examinar si los motivos, en los que la Audiencia Provincial fundó su decisión de denegarles la personación solicitada, pueden obedecer a razonables finalidades de protección de otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos, que pudieran

justificar, en este caso, una restricción en su derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde la perspectiva de control que a este TC corresponde, de acuerdo con la doctrina constitucional recogida en el FJ 3.º de esta sentencia, en relación con las decisiones judiciales sobre quiénes deben estimarse legitimados para ser parte o personarse en un proceso, ninguna de las razones en las que la Audiencia Provincial basó la denegación de la personación de los recurrentes en amparo satisface en este caso las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, que pudieran justificar la restricción del derecho fundamental que se sacrifica.

En efecto, no superan el canon de constitucionalidad al que aquellas decisiones se encuentran sometidas, en primer lugar, las razones atinentes al momento procesal en el que los demandantes de amparo presentaron su solicitud de personación y de ser oídos en el procedimiento, pues, abstracción hecha de que, debiendo de haber sido oídos en el procedimiento, en ningún momento fueron llamados, y de que no existe constancia en las actuaciones de que hubieran tenido conocimiento del mismo antes de la exploración de los menores por parte de la Audiencia Provincial, lo cierto es que no cabe vincular, como señala la Letrada de la Junta de Andalucía, la legitimación para ser parte o personarse en un procedimiento con el momento procesal en el que éste se encuentre, sin perjuicio de que la personación en un momento o fase posterior del proceso tenga para la parte que la pretenda sus efectos en orden a las actuaciones que pueda practicar, pero que en ningún caso le priva de su legitimación. Además en este caso, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, los demandantes de amparo presentaron el escrito de solicitud de personación dos meses antes de que se dictase la sentencia de apelación, por lo que nada se oponía a que, en vez de rechazar de plano su personación, se aceptase, y a que formularan sus alegaciones de las que se pudo dar traslado a las demás partes, para que las conocieran, y adoptaran frente a

las mismas la postura que estimasen procedente.

Tampoco supera aquel canon el segundo de los motivos esgrimidos por la Audiencia Provincial para denegar la personación de los demandantes de amparo, cual es que los intereses de los menores se encontraban defendidos por el Ministerio Fiscal y la Administración. El hecho de que los intereses de los menores estén representados por el Ministerio Fiscal y la Administración autónoma competente no reviste carácter excluyente de la intervención de otros posibles interesados en el procedimiento en atención al interés superior de los menores, condición que en este caso debe predicarse, sin duda, de los demandantes de amparo en su condición de acogedores preadoptivos de los menores, con quienes estaban conviviendo insertos en un mismo núcleo familiar desde el mes de junio de 1997.

E igual conclusión ha de alcanzarse en relación con el tercero de los motivos, en los que se fundó la decisión recurrida en amparo, dado que el principio de obligada reserva que debe de presidir todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento (arts. 173.5 CC y 1826 LEC) no resultaba incompatible en este caso con la intervención de los acogedores en el procedimiento, siendo factible que la misma se produjera, reservando u ocultando su identidad, y manteniendo así la confidencialidad de los acogedores sin merma de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Los anteriores razonamientos han de conducir a la estimación del presente recurso de amparo. A los efectos de restablecer a los demandantes de amparo en la integridad del derecho fundamental vulnerado (art. 55 LOTC), ha de declararse la nulidad de los autos de la Sec. 6.ª de la AP de Sevilla, de 5 de junio y 11 de julio de 2000 y de todas las actuaciones posteriores al primero de los autos, incluida la S. de 12 de junio de 2000, debiendo retrotraerse las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictarse el citado Auto de 5

de junio de 2000, al objeto de que la Sec. 6.ª de la AP de Sevilla dicte una nueva resolución en relación con la solicitud de personación de los demandantes de amparo respetuosa con su derecho a la tutela judicial efectiva, manteniéndose respecto a los

menores la situación en la que éstos se encontraban, para evitarles el perjuicio derivado de los posibles cambios no definitivos en ella, cuando los demandantes de amparo presentaron su escrito de solicitud de personación en el procedimiento.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 120/2002, de 20 de mayo.

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Garrido Falla.

Aun cuando se hubiese reintegrado a la menor a su padre biológico al estimarse su demanda de sustracción de menores, la Audiencia Provincial debió entrar en el fondo del recurso y resolver lo solicitado por la madre.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Malgorzata, de nacionalidad polaca, contrajo matrimonio en Bochnia (Polonia), el 25 de diciembre de 1992 con Pawel, de cuya unión nació el 23 de marzo de 1993 una hija llamada Agata.
- En 1995 D.ª Malgorzata se trasladó a España, quedando la menor en Polonia.
- En 1997 la madre se trasladó a Polonia e instó el procedimiento de divorcio. En este procedimiento, con fecha de 21 de abril de 1998, el Tribunal Provincial de Tarnów acordó que “mientras duren los procedimientos referentes al presente caso la hija menor de las partes Agata, nacida el 23 de mayo de 1993, debe vivir con el demandado Pawel en su domicilio en Bochnia, ul. Windakiewicza 24/25; se ordena a la demandante entregar a la menor hija, Agata, al demandado Pawel; II. Hasta el momento de entregar a la menor hija, Agata, al demandado Pawel, se prohíbe a la demandante Malgorzata sacar a la niña fuera de la República de Polonia sin obtener previamente el permiso del Tribunal”.
- Según manifestaciones del padre de la menor, la niña estuvo a su cuidado hasta que en fecha incierta (marzo a junio de 1998), la madre viajó a España con la hija sin el conocimiento del padre. Por este motivo, con fecha de 9 de junio de 1998, don Pawel solicitó del Ministerio de Justicia, como autoridad central española, a través de la autoridad central de Polonia, la restitución de su hija.
- En ejecución de dicha solicitud, con fecha de 20 de julio de 1998 el Abogado del Estado en representación del Ministerio de Justicia, al amparo del art.

277 LOPJ y de conformidad con los arts. 1901 a 1909 LEC, en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, e invocando el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, promovió procedimiento de jurisdicción voluntaria para la restitución de la menor Agata que habría de entenderse con la madre de la menor doña Malgorzata.

- Requerida D.^a Malgorzata para que manifestase si accedía voluntariamente a la restitución de la menor, compareció en el procedimiento y formuló oposición a la restitución y, tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid (autos 854/98) dictó Auto el 10 de agosto de 1998 en el que estimó la demanda interpuesta por el Abogado del Estado en representación del Ministerio de Justicia como autoridad central de España, para el cumplimiento del Convenio de La Haya, frente a doña Malgorzata; y en consecuencia, declaró “que la menor Agata ha sido trasladada a España ilegalmente por parte de su madre, por lo cual, dicha menor deberá ser reintegrada a Polonia bajo la custodia de su padre, atribuida por el Tribunal Provincial de Tarnow, para que éste resuelva en el correspondiente procedimiento de divorcio”.
- Interpuesto recurso de apelación por la recurrente en amparo, el Juzgado, por providencia de 17 de agosto de 1998, lo admitió en un solo efecto. Recurrida en reposición dicha providencia a fin de que el recurso se admitiera en ambos efectos, el Juzgado, por Auto de 18 de septiembre de 1998, desestimó el recurso con fundamento en el art. 1908 LEC. Habiendo sido admitido el recurso de apelación en un solo efecto, el Abogado del Estado pidió la ejecución de lo acordado, que el Juzgado ordenó, llevándose a cabo la entrega de la menor a su padre el día 15 de octubre de 1998.
- Sustanciado el recurso de apelación, la Sección vigésima segunda de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo 2172/98) dictó Auto el 4 de diciembre de 1998, notificado el 18 de diciembre, con la siguiente parte dispositiva: “Que por haber quedado vacío de contenido el presente recurso de apelación, al haber sido ya restituida la menor a su país de origen, debemos declarar y declaramos no haber lugar a entrar en la resolución de la cuestión de fondo suscitada. Todo ello sin hacer especial condena en costas procesales devengadas en la alzada”.
- El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado declarando la nulidad del Auto de 4 de diciembre de 1998 dictado por la Sección vigésima segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la citada resolución, a fin de que la Sala resuelva el recurso de apelación en los términos que resulten procedentes en Derecho.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Fundamentación jurídica de la Audiencia Provincial para no entrar en el fondo de la resolución.

La problemática que a través del presente recurso, se somete a la consideración del Tribunal se enmarca en el ámbito de cooperación internacional regulado por el Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores, de fecha 25 de octubre de 1980, y que fue ratificado por España mediante instrumento de 28 de mayo de 1987.

El mismo tiene por objeto, en virtud del principio de prioritaria protección del sujeto infantil, la restitución de los menores que hayan sido sacados ilegalmente de su país de residencia habitual.

Así, en su artículo 3, apartado a), se considera, a los efectos de la aplicación del convenio, que el traslado o retención de un menor es ilícito “cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”, añadiendo, en su último párrafo, que dicho derecho de custodia puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

Sobre dicha base, establece el artículo 1, apartado a), que la finalidad del convenio es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.

Se insiste en dicha idea de celeridad en su artículo 11, al expresar que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores, marcando, a continuación, un plazo máximo de 6 semanas a partir de la ini-

ciación del expediente para llegar a una decisión, pues, en otro caso, habrán de explicarse las razones de la demora.

Partiendo de las referidas exigencias del convenio, el Legislador español entendió que se hacía necesario el arbitrar un procedimiento específico a los efectos de cumplir la finalidad de urgente resolución del expediente seguido ante la jurisdicción de nuestro país. Ello se plasmó en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada a través de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, que dio nuevo contenido a la sección segunda del título IV del libro II de aquella, bajo la rúbrica general de “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”.

Y así, el nuevo artículo 1902 establece, en su último párrafo, que la tramitación del procedimiento tendrá carácter preferente y deberá realizarse en el plazo de 6 semanas desde la fecha en que se hubiera solicitado ante el Juez la restitución del menor.

Abundando en dicho principio de máxima urgencia, previene el artículo 1908 que contra el auto dictado por el Juez de Primera Instancia, resolviendo si procede o no la restitución del menor, “sólo cabrá recurso de apelación en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de veinte días”.

Sin embargo, y por la propia regulación legal referida, las actuaciones preferentes y de celeridad en dicha alzada pueden quedar vacías de todo contenido práctico cuando el auto dictado por el Órgano *a quo* accediendo a la restitución, al ser admitida la apelación en un solo efecto, ha sido ya ejecutado y reintegrado el menor a su país de origen, antes del pronunciamiento del Tribunal *ad quem*, por lo que, en tales hipótesis, la resolución de éste habría de quedar en una declaración de derechos meramente teórica, pero huérfana de toda transcendencia práctica.

Al contrario de lo que acaece con el recurso de casación que, en determinados supuestos (recurso en interés de Ley), tiene como única finalidad la de crear doctrina, en los términos consagrados en el art. 1.6 del Código Civil, la finalidad del recurso de apelación no abarca tales posibilidades, tampoco interesadas por lo demás en el caso hoy sometido a la consideración del Tribunal, en que únicamente se solicita la declaración judicial de si en el caso concurrían o no las previsiones del Convenio examinado, en cuanto premisa de la restitución propugnada, por lo demás ya acordada en la instancia y plenamente ejecutada.

Parece, por tanto, que en supuestos cual el que nos ocupa el Legislador no ha previsto las irreversibles consecuencias de una excesiva, aunque ajustada al convenio, celeridad en la tramitación, que también se trasladada a la segunda instancia sin finalidad práctica alguna. Únicamente podría, en principio, poner freno a las aberrantes consecuencias dimanantes de las normas examinadas, el artículo 381 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil que permite, a petición del apelante, la admisión del recurso en ambos efectos, en cuanto de otro modo podría producirse un perjuicio irreparable. Sin embargo dicho precepto es de muy difícil, en cuanto forzada, proyección a supuestos cual el que nos ocupa, al referirse a recursos contra resoluciones interlocutorias, en necesaria conexión con otro principal, y acaba por chocar frontalmente con el antedicho artículo 1908, que no parece dejar resquicio alguno a la admisión en ambos efectos.

A la vista de tal laguna legal, y dada la situación subyacente sobre la que debe operar el Tribunal, resulta inadecuado, en cuanto carente de toda ulterior transcendencia jurídica ejecutiva, realizar en la presente alzada un pronunciamiento de fondo, que igualmente sería sumamente difícil partiendo de los escasos e incompletos testimonios elevados al Tribunal, que no permiten concluir, con el debido conocimiento de causa, si el traslado fue o no ilícito, en cuanto posterior o anterior a la decisión de los Tribuna-

les polacos sobre la custodia de la menor, lo que exigiría, para lograr la convicción necesaria, la práctica de nuevas pruebas, en cuanto diligencias para mejor proveer, con remisión del expediente original a este Órgano *ad quem*. Y tales actuaciones provocarían una mayor demora, excluida por la normativa que debe aplicarse al caso, para llegar a un resultado ajeno a la finalidad del recurso de apelación, conforme ya se dijo, por lo que deben ser excluidas las mismas.

Por todo lo dicho, y en cuanto carente ya de toda finalidad práctica el recurso *ab initio* formulado, la Sala ha de abstenerse de entrar en el examen y resolución de la cuestión de fondo suscitada.

2. Alegaciones de la recurrente de amparo.

La demanda denuncia la violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la pretensión ejercitada, que, a juicio de la recurrente, se ha producido porque la Audiencia se abstiene de entrar a juzgar el fondo de la cuestión planteada, pese a que el recurso de apelación cumple todos los requisitos formales y procesales legalmente exigidos, aduciendo que dicho recurso carece de toda finalidad práctica y ha quedado vacío de contenido al haber sido ya restituida la menor a su país de origen, como consecuencia de la ejecución de la resolución recurrida.

Mediante escrito registrado el 15 de febrero de 2000, la recurrente formula sus alegaciones reiterando la solicitud de amparo. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva no se agota en una respuesta única y por tanto comprende tanto el acceso al proceso de instancia cuanto el acceso a los recursos establecidos por la Ley. El auto recurrido elude en su parte dispositiva cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto que se sometía ante su jurisdicción, bajo el dudoso argumento de que había que-

dado vacío de contenido el recurso de apelación que se formulaba. No deja de ser extraño, por lo demás, que en vez de una mutación de las circunstancias fácticas del hecho sometido a enjuiciamiento, sea el propio mecanismo procesal establecido el que, según se deduce, resta trascendencia práctica a la resolución que se recurre en amparo. Al parecer y conforme a lo que se dice en la indicada resolución, y pese a estar previsto un régimen de recursos que admite la apelación, la decisión adoptada por el Juez de instancia sería definitiva e inatacable. El Auto impugnado no resuelve sobre el fondo de la cuestión sometida a su enjuiciamiento, y para ello se escuda en la falta de efectividad que pudiera derivarse de una resolución favorable a este recurrente. Sin embargo, no es misión de Jueces y Tribunales conjeturar acerca de la eficacia de las decisiones que adopten y las posibilidades de llevarse a la práctica en los términos que vienen dictadas. Serán, desde luego, discutibles los efectos prácticos que pudiera haber tenido una resolución de la Audiencia Provincial favorable a los intereses de la apelante. Y es cierto también que la eficacia de las decisiones que tomen ha de ser objeto de valoración por los Tribunales. Son muchos los factores que influyen a la hora de tomar una determinación. Pero siempre, la decisión que se adopte, cualquier que sea su sentido final, ha de ajustarse a los términos en los que se plantea el debate jurídico. No se le puede hurtar a la recurrente el derecho a obtener un pronunciamiento del Tribunal para que, en caso de ser conforme a sus peticiones, lo pueda hacer valer, en el modo que tenga por conveniente y por cuantos cauces sean admisibles en Derecho, ante los Tribunales de su país de origen.

3. Alegaciones del Abogado del Estado.

Por escrito registrado el 9 de febrero de 2000, el Abogado del Estado presentó sus alegaciones en las que interesó la denega-

ción del amparo solicitado. Entiende el Abogado del Estado que el procedimiento regulado en los arts. 1901 a 1909 LEC, en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 1/1996, con objeto de acomodar nuestra legislación al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, ratificado por el Reino de España, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, persigue la finalidad propia de dicho Convenio que es la de “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos” (art. 1 del Convenio). El efecto restitutorio de los menores, pide el Convenio que sea “inmediato”. En las cláusulas de este tratado internacional es bien apreciable la preocupación, casi obsesiva por la celeridad en los trámites y por la prontitud de la respuesta por parte del Estado requerido. En efecto, son varios, además del preámbulo, los preceptos que reiteran la exigencia de acción inmediata: art. 1; art. 7 —intr. art. 9; art. 11. Este último precepto, no se limita a encarecer la celeridad en la tramitación de estas peticiones, sino que fija un plazo límite de seis semanas para su resolución contado desde la fecha de su iniciación. Tras este plazo, se establece el derecho y el correlativo deber de dar explicaciones. Seis semanas, pues, para todo: para el trámite administrativo, para el procedimiento judicial en instancia y para la decisión de la apelación. El Convenio aclara —art. 19— que estos procedimientos de restitución no afectan a la cuestión de fondo sobre la custodia, y si reparamos en la documentación exigida para dar curso a las peticiones advertiremos la naturaleza sumaria de su objeto, reducido prácticamente a las identificaciones personales y a la justificación de la residencia. El Convenio no pretende otra cosa que resolver prejudicial e incidentalmente en los casos de traslado o retención. Por esto mismo, el traslado o retención tiene en el texto del convenio un alcance amplísimo, definiéndose su ilicitud: no sólo cuando se haya realizado en contravención de un derecho de custodia atribuido según el derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su resi-

dencia habitual [art. 3.a)], sino cuando el derecho se ejercía de forma efectiva o se habría ejercido, de no haberse producido dicho traslado o retención [art. 3.b)]. El procedimiento no tiene pues, otra función que la de la reposición del menor a la situación de hecho que, en cuanto a su guarda, tenía antes de una sustracción, sin entrar en juicios sobre la residencia más conveniente para el menor o de las respectivas razones que para su custodia puedan invocar los padres o guardadores. La reposición a esa situación de hecho es el objeto exclusivo del procedimiento, teniendo por fin evitar las complicaciones de todo orden —y no sólo privadas— derivadas de estas situaciones, facilitando un punto de conexión sencillo como es la residencia del menor para definir los tribunales competentes y las reglas de fondo aplicables. Y este es realmente el caso: la menor cuya custodia se disputaban sus padres, había llegado a España poco antes de haberse puesto en marcha el procedimiento de reclamación iniciado por el padre (con lo cual resultaba patente la guarda de hecho por parte de aquel), y habiendo además reconocido los tribunales polacos al padre de la menor como titular de la custodia (sin que a los efectos del convenio importe que esta decisión sea anterior o posterior al traslado o retención, puesto que como se ha apuntado, el traslado del menor es ilegítimo, no sólo cuando contravenga una facultad preexistente de guarda, sino cuando ese derecho de guarda se habría ejercido de no existir la retención).

En suma, nos hallaríamos ante una pura medida cautelar innovativa, tendente a reponer a los menores en la situación de residencia que existía al tiempo de producirse su traslado. La Ley de enjuiciamiento civil ha incluido estos trámites en el marco de los actos de jurisdicción voluntaria y los encabeza bajo la rúbrica expresiva de “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”. El Convenio de La Haya y sus concordantes preceptos de la Ley de enjuiciamiento civil

no tienen una finalidad definidora de los derechos sustantivos del menor o de sus padres o guardadores, sino —si se permite el símil— la de reponer “la situación posesoria” preexistente a los cambios repentinos de residencia en otro país.

Teniendo en cuenta el citado carácter y finalidad del procedimiento es como debe analizarse la Sentencia ahora impugnada, debiéndose concluir que la Audiencia, pese a que los términos literales del fallo podrían parecer una especie de inadmisión a trámite, no hacen sino confirmar implícitamente lo resuelto por el Juzgador de instancia. No se cuestiona ni el hecho del traslado, ni su inmediatez en el tiempo, ni tampoco se hace objeción alguna a la resolución apelada que permita inferir el más mínimo reproche a lo en aquella resuelto. La crítica va dirigida al mismo esquema legal, y está inspirada en una percepción del objeto del procedimiento mucho más amplia de la que en realidad tiene en el marco del Convenio.

Ahora bien, independientemente de los anteriores razonamientos sobre el Auto impugnado, habría razones para estimar que en estos casos de resoluciones estimatorias de primera instancia y plenamente ejecutadas, es, en realidad, pertinente un pronunciamiento declinatorio como el dictado. El Auto impugnado es impecable en su conclusión, aunque no lo sea en sus razonamientos. En el fondo, no parece aventurado sospechar que la Sala ha querido más resaltar la inconveniencia práctica de las apelaciones en esta materia que censurar lo resuelto por el juez *a quo*. La prueba está en que la resolución apelada no ha merecido el más mínimo reproche y que lo verdaderamente consecuente con un criterio amplio del objeto y fin del proceso por la Audiencia habría sido que esta ordenara al Juez de Primera Instancia una reproducción del procedimiento para obtener los elementos de juicio que permitieran averiguar el lugar óptimo de residencia de la menor. En lugar de ello, el Auto impugnado en amparo no ha dejado de confirmar el apelado. No es tam-

poco difícil compartir este presumible criterio de la Audiencia Provincial contrario a estas apelaciones que previsiblemente no dejarán de suscitar la insatisfacción de una cognición limitada y en no pocas ocasiones la conciencia de su inoperancia por el impedimento de su eficacia suspensiva. Pero una cosa es que en el plano de las conveniencias pueda compartirse este criterio, y otra distinta, que la sumariedad del procedimiento se pueda traducir en una imputación de indefensión.

4. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

Por escrito registrado el 28 de febrero de 2000 el Fiscal interesa el otorgamiento del amparo. La Sentencia recurrida se abstiene de juzgar sobre el fondo de la reclamación por entender que ha concurrido en el supuesto una carencia sobrevenida de objeto, al haber sido entregada la niña al tiempo de juzgarse sobre los hechos y añadiéndose además la carencia de documentos para enjuiciar el pleito.

La crítica que cabe hacer a la Sentencia de la Audiencia, atendida su motivación ofrece varios frentes:

a) En primer lugar, entendemos que no se puede pensar que el legislador haya introducido en el proceso un recurso de apelación sin eficacia práctica alguna. Como la propia Sentencia reconoce, aunque “únicamente se solicitara la declaración judicial de si en el caso concurrían o no las predicciones del Convenio examinado, en cuanto premisa de la restitución propugnada...”, el recurso de apelación cumpliría una función jurídica doble, la confirmación o corrección de la interpretación llevada a cabo por el Juzgado, y la confirmación o revocación de la entrega del menor. Identificada la acción como de naturaleza mixta, declarativa de situación de ilegalidad (sustracción) y de condena (entrega), no se ve la razón por la que, al margen de la ejecución con la salida del menor, pueden carecer para el Tribunal de

objeto sus propias facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). En este aspecto se opera una confusión entre carencia de objeto del pleito y dificultad de ejecución. Una cosa es que sea difícil la recuperación de la niña, nunca imposible, y otra que la resolución carezca de finalidad. La utilidad, contraria a carencia de toda finalidad práctica que se afirma como colofón final de la Sentencia se revela, no sólo en los efectos declarativos del derecho y de condena señalados, sino en la propia interpretación del Convenio de La Haya y, como apunta la recurrente, como eventual documentación en el pleito de divorcio.

b) Tampoco parece convincente la causa alegada de carencia de finalidad práctica de la resolución del recurso en cuanto al fondo. Sobre la ilegalidad del óbice no previsto en la Ley de enjuiciamiento civil, habría que añadir que se trata en este caso de la entrada por parte del Tribunal en una materia respecto de la cual carece de disponibilidad. En un proceso civil como el nuestro en el que rige, con ligeras correcciones el principio dispositivo, no parece que el Juez o Tribunal pueda decidir de modo autónomo cuándo el mismo tiene o no finalidad práctica. La pretensión en estos supuestos, sólo sería manejable por el Tribunal, valga la expresión, en los supuestos conocidos, de requisitos de orden público de inexcusable cumplimiento, legalmente previstos, como falta de acción, carencia de legitimación o postulación etc., pero no podría entrar a valorar como excusa para la negativa a juzgar en materias atinentes a los motivos por los que las partes deciden ejercitar una acción. A este respecto, resulta muy significativo, que la nueva Ley de enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000 acepta la confirmación del criterio señalado, es decir, la conexión entre terminación del proceso e interés legítimo de parte. Así, según el art. 22, será necesaria la petición de parte para declarar archivado el proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión “o por cualquier otra causa”. El Juez o Tribunal si no hay acuerdo en cerrar el proceso deberá citar a

las partes a una comparecencia y decidirá mediante auto que será apelable cuando se acuerde la terminación del juicio. Con ello se quiere significar que la terminación del proceso sin resolución sobre el fondo es una cuestión íntimamente relacionada con el interés legítimo de parte, razón por la cual, se ha considerado que éstas deben ser oídas. El principio que se deriva de tal regulación legal es extrapolable al caso enjuiciado en el que la no entrada en el fondo del proceso está también relacionada con los intereses de las partes: la de la recurrente obviamente para conseguir una declaración de infracción de ley y eventual devolución de su hija y para el apelado—Abogado del Estado, aunque en un nivel inferior pero no insignificante, ya que vería, por la confirmación del fallo, que sus tesis eran revalidadas.

c) Una última crítica se ofrece en relación con el último discurso de la Sentencia. Así se dice, como razón añadida para no entrar en el fondo de la pretensión, que se carece de documentación para determinar la licitud del traslado y que, para ello, necesitaría acordar, para mejor proveer, la remisión del expediente original, lo que provocaría un nuevo retraso. Sin embargo, entendemos que esto no sirve de excusa para no juzgar, visto que ello entra plenamente dentro de las facultades de la Sala, que no tendría por qué suponer un retraso considerable, atendidos los modernos medios de comunicación y, en todo caso se harían bajo una situación similar, es decir, con la resolución de primera instancia ejecutada.

5. Resolución del Tribunal Constitucional.

Dados los términos en que se plantea la demanda, el presente recurso de amparo tiene por objeto determinar si la Sentencia de la Audiencia, que declaró no haber lugar a entrar en el examen de la cuestión de fondo suscitada en el recurso de apelación que la ahora demandante del amparo interpuso contra el Auto del Juzgado que había decla-

rado ilegal el traslado a España de su hija menor, por lo que debía ser reintegrada a Polonia bajo la guarda del padre, con fundamento en que el recurso había quedado vacío de contenido al haber sido ya ejecutada la resolución apelada, vulneró o no su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.

Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE que, no obstante, también se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique aplicada razonablemente por el órgano judicial (SSTC 19/1981, de 8 de junio; 69/1984, de 11 de junio; 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 57/1988, de 5 de abril; 124/1988, de 23 de junio; 216/1989, de 21 de diciembre; 154/1992, de 19 de octubre; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 108/2000, de 5 de mayo, entre otras muchas), pues, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente (STC 185/1987, de 18 de noviembre).

El derecho a obtener una resolución sobre el fondo rige tanto en el acceso a la primera instancia judicial como en la fase de recurso. Sin embargo, mientras en el acceso a la jurisdicción el principio *pro actione* actúa con toda su intensidad, por lo que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el art. 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el dere-

cho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada, debiéndose interpretar y aplicar las normas que establecen los requisitos procesales del modo más favorable a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial (SSTC 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 216/1989, de 21 de diciembre; 154/1992, de 19 de octubre; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 112/1997, de 3 de junio; 8/1998, de 13 de enero; 38/1998, de 17 de febrero; 130/1998, de 16 de junio; 207/1998, de 26 de octubre; 16/1999, de 22 de febrero; 63/1999, de 26 de abril, y 108/2000, de 5 de mayo), en la fase de recurso el principio *pro actione* pierde intensidad, pues el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso (STC 37/1995, de 7 de febrero), por lo que las decisiones judiciales de inadmisión no son, en principio, revisables en la vía de amparo salvo que vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que configurado legalmente el recurso, el art. 24.1 CE garantiza también su utilización (SSTC 63/1992, de 29 de abril, FJ 2; 63/2000, de 13 de marzo, FJ 2). Por ello, las resoluciones judiciales que declaren la inadmisibilidad de un recurso, excluyendo el pronunciamiento sobre el fondo en la fase impugnativa del proceso, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, cuando se funden en una interpretación de la legalidad que resulte arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 133/2000, de 16 de mayo), carezcan de la debida motivación (SSTC 214/1998, de 14 de noviembre; 63/1992, de 29 de abril), se apoyen en una causa legal inexistente (SSTC 69/1984, de 11 de junio; 57/1988, de 5 de abril; 18/1993, de 18 de enero; 172/1995, de 21 de noviembre; 135/1998, de 29 de junio; 168/1998, de 21 de julio; 63/2000, de 13 de marzo;

230/2000, de 2 de octubre), o, en fin, sean el resultado de un error patente (SSTC 295/2000, de 11 de diciembre; 134/2001, de 13 de junio; 22/2002, de 28 de enero).

En el presente caso, la Audiencia acuerda no entrar en el fondo de la cuestión suscitada en el procedimiento, dejando por tanto sin resolver la pretensión impugnatoria ejercitada en el recurso de apelación frente a la resolución de primera instancia, al considerar que el recurso había quedado vacío de contenido al haberse ejecutado ya la resolución apelada. La lectura de la fundamentación jurídica del Auto recurrido pone de manifiesto que la Sala basa esta decisión en dos argumentos.

En primer lugar, la Audiencia, tras analizar el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, en aplicación del cual el legislador español dio nueva redacción a los arts. 1901 a 1909 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, bajo la rúbrica general de “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” y atendiendo a la finalidad perseguida con el procedimiento que se establece en la referida regulación convencional y legal, que es la de conseguir con la máxima urgencia la restitución del menor ilegalmente trasladado de su país de origen, unida a la circunstancia de que el recurso de apelación sólo produce efectos devolutivos y nunca suspensivos (art. 1908 LEC), entiende que una vez reintegrado el menor a su país de origen, antes del pronunciamiento del Tribunal *ad quem*, la decisión de este Tribunal tendría simple valor de “una declaración de derechos meramente teórica, pero huérfana de toda transcendencia práctica”.

En segundo lugar, la Sala justifica su fallo en la falta de los necesarios elementos de juicio que hacen sumamente difícil un pronunciamiento de fondo en la alzada, dados “los escasos e incompletos testimonios elevados al Tribunal, que no permiten concluir, con el debido conocimiento de causa, si el traslado fue o no ilícito, en cuanto posterior o anterior a la decisión de los Tribunales

polacos sobre la custodia de la menor, lo que exigiría, para lograr la convicción necesaria, la práctica de nuevas pruebas, en cuanto diligencias para mejor proveer, con remisión del expediente original a este Órgano *ad quem*”.

Ninguno de estos fundamentos pueden ser aceptados por este Tribunal desde la perspectiva del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la pretensión ejercitada, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.

Ciertamente el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 tiene como finalidad “garantizar la restitución inmediata” de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquiera de los Estados contratantes [art. 1.a)], y en aras de esta finalidad arbitra un procedimiento cuya duración no debería exceder de seis semanas (art. 11), que pretende, simplemente, la restitución del menor trasladado ilegalmente, pero sin que la decisión adoptada en este procedimiento afecte al fondo de los derechos de custodia que sobre el menor puedan ostentarse (art. 19). De ello se sigue que nos hallamos ante un proceso de tramitación urgente y de carácter sumario o provisional, ya que la resolución que se dicte no prejuzga los derechos de custodia sobre el menor, que deberán dilucidarse en otro proceso y por el Tribunal que resulte competente en cada caso.

El legislador español, que es consciente de la finalidad perseguida con el referido Convenio y de la urgencia del proceso que instaura para su aplicación, como lo pone de manifiesto el art. 1902 LEC cuando dispone que la tramitación del procedimiento “tendrá carácter preferente y deberá realizarse en el plazo de seis semanas desde la fecha en que se hubiere solicitado ante el Juez la restitución del menor”, ha querido, sin embargo, que la resolución que se dicte esté sometida al régimen de la doble instancia, al disponer que contra el Auto que dicte el Juez cabrá recurso de apelación en un solo

efecto que deberá, no obstante, “resolverse en el improrrogable plazo de veinte días” (art. 1908 LEC).

Esta especial forma de configurar la segunda instancia, que a la vez que admite el recurso de apelación contra la resolución del Juez que conoció del procedimiento de sustracción internacional de menores, expresamente señala que la interposición del recurso no produce efectos suspensivos, forzosamente conduce a la consideración de que el legislador español ha tenido que prever, como una de las consecuencias posibles de la regulación procesal que establece, la hipótesis de que al tiempo de resolverse la apelación por el Tribunal *ad quem*, la resolución apelada ya haya sido ejecutada, pese a lo cual, no ha considerado esta eventualidad como un supuesto que autorice al Tribunal de apelación para dejar de pronunciarse, por esta causa, sobre el fondo de la cuestión sometida a su conocimiento.

Por ello, la Audiencia debió entrar en el fondo de la cuestión planteada por la demandante del amparo, al no existir causa legal que excluyera esta obligación del órgano *ad quem*, pues, como este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar (ATC 315/1994, de 21 de noviembre, y SSTC 3/1996, de 15 de enero, y 9/1998, de 13 de enero), “en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 LEC —arts. 456.1 y 460 LEC vigente—), como una *revisio prioris instantiae* en la que el Tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*), como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius*, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan

sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*)” —art. 465.4 LEC vigente—.

Tampoco resulta razonable la consideración esgrimida por la resolución recurrida de que una vez ejecutado el Auto apelado, la decisión de fondo del recurso de apelación carecía de transcendencia jurídica. Como apunta el Ministerio Fiscal, la decisión que debe adoptarse en el marco del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, exige del órgano judicial dos pronunciamientos; uno, de carácter declarativo, por el que debe manifestarse sobre la licitud o ilicitud del traslado del menor a España desde el país de origen, y otro, de condena, por el cual, una vez declarado que el traslado del menor fue ilícito, en los términos del art. 3 del citado Convenio, debe ordenarse la restitución del menor al país de origen, siempre que no concurran alguno de los supuestos que excluyen esta obligación de restitución y que se regulan en el art. 13 del Convenio. Así planteada la cuestión, pese a la restitución de la menor a su país de origen, no carecía de relevancia que la Audiencia se pronunciase sobre la cuestión relativa a si la apelante había trasladado ilegalmente a su hija menor desde Polonia a España, máxime cuando ésta había sostenido durante todo el procedimiento que el padre no había tenido la efectiva guarda de la menor, que había estado siempre al cuidado y en compañía de los abuelos maternos. Un pronunciamiento sobre esta cuestión, con independencia de su eficacia en el procedimiento español una vez restituida ya la menor por la ejecución

del Auto apelado, podía ser de notable valor para los intereses de la demandante del amparo, pues, como razona en la demanda, una resolución favorable a las tesis de la apelante podría ser invocada ante los Tribunales de Polonia que conocían del proceso matrimonial seguido entre los progenitores, para apoyar o reforzar sus derechos a los efectos de obtener la guarda de la hija común.

Finalmente, tampoco puede aceptarse el argumento consistente en que “los escasos e incompletos testimonios elevados al Tribunal” le impedían pronunciarse sobre el fondo de la cuestión suscitada en el recurso de apelación. Este razonamiento olvida la prohibición de *non liquet* y que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan (arts. 1.7 CC, 11.3 LOPJ y 448 CP), por lo que la insuficiencia del material probatorio sólo producirá el efecto de que el órgano judicial deba resolver el pleito conforme resulte de las normas de distribución de la carga de la prueba que sean aplicables al caso, pero nunca podrá ser causa que justifique la falta de pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento.

Los razonamientos expuestos revelan que la resolución recurrida, al no pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada en el recurso de apelación, sin que existiera causa legal que justificase esta decisión, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, lo que obliga a otorgar el amparo solicitado.

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

1. *Reclamación de filiación paterna extramatrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 26 de julio de 2001.

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

Acreditada la oposición personal del demandado a la práctica de la prueba biológica, carecen de eficacia las razones alegadas para no someterse a ella.

La no intervención del Ministerio Fiscal en la instancia no es motivo de nulidad de actuaciones, ya que fue subsanada por su intervención en el recurso de casación.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Matías G. presentó demanda de menor cuantía contra D. José Matías B., en la se solicitaba que se dictase sentencia por la que se declarase que el actor es hijo no matrimonial del demandado y de D.^a Juana con todos los derechos legales a ello inherentes y con efectos retroactivos en los términos prevenidos por el artículo 112 del Código Civil.
- El demandado D. José Matías B. se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso con las razones de hecho y de derecho que alegó, para terminar solicitando del Juzgado se dictase sentencia desestimando la demanda.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ciudad Rodrigo dictó sentencia el 14 de octubre de 1993 estimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la AP de Salamanca dictó sentencia el 17 de diciembre de 1993 desestimando el recurso interpuesto por el demandado.
- D. José Matías B. interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo por medio de sentencia de 28 de febrero de 1998.
- D. José Matías G. planteó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue estimado por sentencia de 26 de febrero de 2001, anulando la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1998, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la misma, para que se dicte una nueva sentencia en la que se respete el derecho fundamental lesionado.
- El Tribunal Supremo, dictando nueva sentencia, desestimó el recurso interpuesto por D. José Matías B., confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia que declaró la paternidad extramatrimonial del demandado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado cuestiones de estricta técnica casacional, se alega por el recurrente el quebrantamiento de las formas del juicio, en cuanto a que el proceso se tramitó sin la intervención del Ministerio Fiscal, señalando el Tribunal Supremo que el recurrente ninguna denuncia practicó en tal sentido en la primera instancia. La jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil ha decidido que la intervención del Ministerio Público en este recurso viene a subsanar su falta de comparecencia en las instancias, convalidándose las actuaciones anteriores, y no se produce por ello nulidad de actuaciones ni se crea indefensión a la parte que recurre (SS. de 2-1, 6-2 y 10-10-1991, 9-7-1992, 17-3-1993 y 15-12-1999, entre otras).

El otro objeto del recurso se centra en la infracción del art. 24.2 de la CE en relación al 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para combatir la estimación de la demanda, argumentándose que el Tribunal de Instancia tuvo en cuenta como indicio valioso la negativa del demandado, al que se le recla-

ma la paternidad, a someterse a la prueba biológica, lo que se impugna al no constar en el proceso oposición personal a su práctica, por lo que se viene a denunciar violación constitucional ante la ausencia de prueba corroboradora correspondiente.

Ha de partirse de que la prueba de confesión efectivamente tuvo lugar en fecha 4 de junio de 1993, practicándose en el local del Juzgado, a donde se desplazó el demandado, tras ser reconocido por el Médico Forense, y, a su vez, fue citado personalmente el día 3 de junio (firmando la diligencia) para que compareciera el día 17 siguiente ante el Instituto Nacional de Toxicología a efectos de realizar la prueba biológica de paternidad, que el Juzgado había acordado como diligencia para mejor proveer y reiteró a medio de providencia de 14 de junio de 1993 —notificada a su Procurador—, no habiéndose personado ninguna de las veces en dicho Instituto, por lo que la prueba hematológica se frustró.

Esto es así al resultar verificado del examen de las actuaciones procesales, por lo que resulta acreditado que el demandado sí fue requerido en forma directa para la práctica de la prueba científica y no colaboró a su realización, ya que la rehuyó sin que se dé concurrencia acreditada de causas que puedan ser atendidas para justificar tal conducta, es decir que la negativa se sustenta en sinrazones, como dice la sentencia de 15-6-1993, lo que representa una efectiva falta de cooperación que atenta a la naturaleza e identidad del proceso, en cuanto pretende la verdad material, pues incluso dicha prueba resultaría beneficiosa, de resultar negativa, para que de una forma casi definitiva, encontrara sólido apoyo la tenaz negativa mantenida por el demandado a reconocer la paternidad biológica que se le demanda (sentencia de 21-10-1994).

En estos supuestos la doctrina de esta Sala de Casación Civil resulta bien definida y precisa al declarar que la negativa no implica *ficta confessio*, pero sí revela un indicio, que no ha de despreciarse y dejarse de lado, cuando prima el derecho de los hijos para obtener tutela judicial efectiva en cuanto a que se aclare o declare su filiación biológica —paterna o materna—. Se trata de un indicio que tiene en sí mismo un valor cualificado (SS. de 3-12-1991 y 3-10-1993), es decir

se presenta como indicio intenso que se integra en prueba preeminente cuando acontezcan otros hechos demostrados que permitan alcanzar la decisión estimatoria de la filiación reclamada (sentencias de 2-2-1992, 8-5-1995, 22-3-1996, 24-6-1996, 8 y 11-5-1999, 20-6-1999, 25-7-2000 y 20-6-2000, entre otras).

La ejecución material de la prueba biológica referida no supone ningún ataque a la intimidad de la persona, no afecta a su integridad física ni moral y tampoco viola por sí derechos fundamentales (SS. de 24-4, 8, 18 y 27-5-1994, 8-3-1995, 28-5-1999 y 24-1-2001, y del Tribunal Constitucional de 17-1-1994). Sucede que en el caso que nos ocupa el Tribunal de Instancia no fue este dato el único que tuvo en cuenta, pues integró la negativa en el conjunto probatorio que resulta afirmativo en orden a las pretensiones del demandante y fue analizado con toda atención, por lo que se produce una fijación del *factum* en casación, como resultado de la función judicial de apreciación y valoración interpretativa, que ha de decretarse correcta, de las pruebas obrantes en el pleito. No ha de dejarse de lado, por su conexión colateral, el sentir popular al reputar al actor como hijo del demandado y es apodado con el mismo mote —“R.”— que su padre biológico.

2. *Reclamación de la filiación paterna extramatrimonial e impugnación de la matrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 3 de noviembre de 2001.

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

Declaración de la filiación paterna no matrimonial con base en la negativa al sometimiento a la prueba biológica unido a la acreditación de las relaciones entre la actora y el demandado y que tuvieron lugar cuando la actora trabajaba en el negocio propiedad de la esposa del demandado, siendo despedida al poco de nacer la hija.

Aun cuando el demandado se encontraba en coma estructural como consecuencia de un accidente, antes del mismo fue citado para la práctica de la prueba biológica sin que compareciese para someterse a la prueba biológica.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Eulalia, en nombre y representación de su hija menor Raquel, presentó demanda de menor cuantía contra D. Carlos y D. Francisco Javier, solicitando que se dictase sentencia por la que se declarase que Raquel es hija extramatrimonial de D. Carlos y por lo tanto no es hija de D. Francisco Javier, y en su consecuencia se proceda a modificar los asientos del Registro Civil correspondientes, condenando a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones, todo ello con expresa imposición de costas a los demandados.
- D. Francisco Javier contestó a la demanda y, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que, “desestimando íntegramente la demanda formulada, absuelva a mi representado de todos los pedimentos en ella formulados, formulados con expresa imposición de las costas del juicio a la actora”.
- D. Carlos contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia “desestimando la demanda y absolviendo libremente de ella a mi mandante con imposición de costas a la parte actora por su evidente temeridad y mala fe”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Badalona dictó sentencia el 16 de marzo de 1994, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados

D. Carlos y D. Francisco Javier de los pedimentos en la misma contenidos, decretando la nulidad de la providencia de fecha 25 de junio de 1992 y del Auto de fecha 10 de noviembre de 1992 al no haber lugar al allanamiento del demandado D. Francisco Javier, sin hacer imposición de costas.

- En grado de apelación, la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 17 de enero de 1996, estimando en parte el recurso y declarando que D. Francisco Javier no es el progenitor de la menor Raquel, con la consecuente modificación de los asientos del Registro Civil, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la acción de reclamación de filiación respecto al codemandado D. Carlos y sin hacer especial declaración de condena de las costas procesales de la presente alzada procedimental.
- D.^a Eulalia interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, declarando la filiación paterna no matrimonial de D. Carlos respecto de Raquel.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se han ejercitado en el presente proceso por D.^a Eulalia, recurrente en casación, madre y titular de la patria potestad y en representación de Raquel, dos acciones de filiación: la de impugnación de la paternidad marital, de esta última, respecto a su marido del que se halla separada, D. Carlos y la de reclamación de la paternidad extramatrimonial, respecto a D. Francisco Javier.

El recurso de casación se ha formulado con base en dos motivos, por infracción del artículo 127, el primero y del artículo 135 el segundo. En uno y otro, lo que se plantea es la consideración de la negativa del demandado a la prueba biológica, cuya práctica determina con fiabilidad absoluta la certeza o la falsedad de la paternidad que se le imputa.

El Tribunal Supremo, especialmente desde la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, reiterada por la 55/2001, de 26 de febrero, ha mantenido que la negativa a someterse a la prueba biológica no es una *ficta confessio* que implique *per se* la declaración de paternidad, sino que, unido a otras pruebas, a otros indicios

o, en definitiva y en todo caso, a un juicio de verosimilitud de los hechos alegados, da lugar a la declaración de paternidad. Es decir, el demandado no puede impedir, con su simple obstrucción, la práctica de la prueba decisiva y, si lo hace, debe cargar con las consecuencias; someterse a la prueba biológica no es un deber pero sí una carga; en otras palabras, el demandado puede practicar la prueba y probar que no es el padre, desestimándose así la demanda y si se niega a practicarla, no puede cargar a la parte demandante las consecuencias de su negativa. En este sentido, la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, dice (lo que recoge, entre otras, la sentencia de esta Sala de 26 de julio de 1999): “Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos

probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 de la 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, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación”.

En el presente caso, consta la negativa del demandado D. Carlos a la práctica de la prueba biológica: en primera instancia se le cita, en fecha 21 de julio de 1992, en la persona de su hijo y no comparece en la Unidad de Medicina legal, laboral y toxicología de la Universidad de Barcelona para practicarla; en segunda instancia, el 13 de julio de 1995 se hace la citación a la esposa que dice que “no se hace cargo de la citación”; éste había sufrido un accidente el 9 de marzo de 1993 y en fecha 15 de marzo, consta que estaba en coma estructural: cuatro años después de formulada la demanda, un año después de ser citado para la práctica de la prueba y dos años antes de ser citado por segunda vez.

No se plantea en la instancia, ni se alega por las partes, ni se recoge en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (en la que se hace una ligera alusión entre paréntesis y

obiter dicta), ni se hace la más mínima referencia en la de la Audiencia Provincial, ni se menciona en casación la realidad o la posible justificación de la negativa; se le citó conforme lo previsto en la ley y no compareció y tiempo después tuvo un accidente; cuando se le intentó citar de nuevo en el rollo de apelación, no se justificó su imposibilidad.

A esta negativa a la práctica de la prueba biológica se le suma las relaciones de la demandante que ésta explica con todo detalle, con la clandestinidad que conlleva una relación doblemente adulterina; el reconocimiento por el demandado de haber estado en la casa donde ella residía; la relación laboral en la que el demandado era el esposo de la dueña del establecimiento, que frecuentaba; el despido de la demandante, que, por cierto, fue declarado nulo por el Juzgado de lo Social, al poco de nacer su hija. Todo lo cual no es un conjunto de pruebas, sino que dan lugar a un juicio de verosimilitud que conduce necesariamente a estimar la demanda, al sumarse a la negativa a la práctica de la prueba biológica.

Por todo lo expuesto, se ha infringido el artículo 127 del Código Civil en el sentido de no haber valorado la sentencia de instancia, adecuadamente, la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica y así, determinar incuestionablemente la paternidad, por lo que se acoge el motivo primero del recurso, sin necesidad de analizar el segundo. Y casar la sentencia de la Audiencia Provincial que ha llegado a la situación *ab absurdum* de apreciar la acción accesorias (artículo 134) de impugnación de la paternidad marital y desestimar la de reclamación de paternidad (artículo 133) quedando así el hijo menor sin paternidad matrimonial ni extramatrimonial.

3. *Impugnación del reconocimiento de filiación paterna.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 26 de noviembre de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

Al haberse producido el reconocimiento de la filiación paterna el mismo día en el que contrajo matrimonio con la madre de la menor, no puede impugnarse la paternidad por vía del artículo 140 del CC, ya que la filiación tiene carácter matrimonial y dicho precepto solo se refiere a supuestos de filiación no matrimonial.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Jesús interpuso demanda de menor cuantía contra D.^a Julia solicitando que se dictase sentencia declarando la nulidad del reconocimiento de paternidad sobre la menor Tamara y la no paternidad del actor sobre la misma.
- Conferido traslado al Ministerio Fiscal de la demanda formulada éste emitió dictamen oponiéndose a la admisión a trámite de la demanda por existir cosa juzgada en el proceso civil ya resuelto, seguido ante el mismo Juzgado.
- Admitida a trámite la demanda la demandada contestó alegando la excepción perentoria de cosa juzgada, como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimatoria de la demanda interpuesta como consecuencia de la estimación de la excepción alegada, y subsidiariamente, se desestimara la demanda en cuanto a la petición de la nulidad de reconocimiento de paternidad realizada por el actor, condenando al mismo al pago de las costas causadas.
- El Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Talavera de la Reina dictó sentencia el 8 de enero de 1996 estimando la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal de D.^a Julia, frente a la demanda interpuesta por D. Jesús, y en consecuencia, se declaraba no haber lugar a lo pedido por el actor, sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto, todo ello con expresa imposición de las costas de este juicio a la parte demandante.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Toledo dictó sentencia el 11 de junio de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D. Jesús.
- D. Jesús interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que anuló la sentencia recurrida y declaró que no hay cosa juzgada

por lo que, entrando a conocer del fondo del asunto, desestimó la demanda, absolviendo a los demandados.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente combate en el recurso la excepción de cosa juzgada que fue aplicada tanto por el Juzgado de Instancia como por la Audiencia Provincial, sosteniendo, en esencia, que en el primer pleito (se pretendía que se declarara la nulidad del matrimonio y del reconocimiento de paternidad) la causa de pedir fue el “error” en el actor, mientras que, en el pleito actual (al que este recurso se refiere) se invocó como causa la “negación de la paternidad”, de manera que tal negación de la paternidad, trajera como consecuencia indirecta —no directa, como en el supuesto anterior— la nulidad del acto de reconocimiento. Al efecto, su tesis, contraria a la decisión judicial, repetida en las instancias, de apreciar la existencia de “cosa juzgada” al entender que la segunda pretensión estaba embebida en la primera, se apoya en el carácter autónomo de la acción, que ahora ejercita, fundada en el artículo 140 del Código Civil y no en el artículo 141 del mismo texto legal.

Conviene precisar, señala el Tribunal Supremo, como importante materia subyacente, ilustrativa del asunto, que consta, como hecho acreditado en las precedentes actuaciones, que la menor, efectivamente, no es hija biológica del actor que la reconoció, esto es, que el reconocimiento en cuestión es de los llamados “reconocimientos de complacencia”. Ni la doctrina, ni siquiera la jurisprudencia han interpretado pacíficamente los criterios de impugnación de estos reconocimientos. Por ello, el recurrente en el motivo segundo, considera violado por aplicación indebida el artículo 141 y por falta de aplicación el artículo 140, ambos del Código Civil, con argumentos que, desde otra perspectiva, reproduce en otro al imputar incongruencia de la sentencia (infracción del

artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

A tal efecto sostiene el recurrente que en el primer pleito se pretendió directamente la negación de la paternidad extramatrimonial, solamente en base al error padecido en el reconocimiento (vicio del consentimiento). Mientras que en el segundo pleito, se busca ciertamente la misma finalidad de negar la paternidad pero no en base a error en el reconocimiento sino en la negación de la paternidad biológica, que si prospera, traerá como consecuencia la nulidad del reconocimiento. En el primer pleito el reconocimiento es anulable por vicio en el consentimiento. Y en el segundo, actual, no es anulable. Es nulo.

El Tribunal Supremo, amparado en la idea de máxima expansividad del principio *pro actione*, admite que la pretensión fundada en el artículo 140 del Código Civil es independiente de la tutelada por el artículo 141, no obstante, las conexiones derivadas del error como vicio del consentimiento que, también, hacen referencia al error en la paternidad biológica en las que, ahora, por innecesario, no se profundiza; y, por ello, considera, con arreglo a la Ley procesal que se aplica, que las “causas” motivadoras de ambos procesos no son idénticas lo que lleva directamente a la estimación del motivo. Tal acogida obliga a resolver en la instancia, con la consecuencia de tomar en cuenta las razones jurídicas invocadas en los otros motivos en tanto en cuanto sean conducentes con el objeto que impone la Ley. Ha de declararse, en definitiva, haber lugar al recurso.

Consta, conforme a los datos obrantes en autos y pruebas practicadas, que el discutido reconocimiento de la menor se realizó por el

recurrente en el Registro civil de Talavera de la Reina el día 2 de diciembre de 1993, es decir, el mismo día que contrajo matrimonio civil, en referida ciudad con la demandada. Asimismo, resulta acreditado, documentalmente, que fue desestimada la demanda interpuesta por el hoy recurrente contra la también recurrida, declarándose, en consecuencia, “no haber lugar a declarar la nulidad del matrimonio y del reconocimiento de paternidad interesada”. La expresada sentencia alcanzó firmeza. Conforme a los hechos establecidos y determinaciones legales de los artículos 115.1 del Código Civil o, en todo caso, del artículo 119 y 120.1 del Código Civil, la menor Tamara tiene la cualidad, a todos los efectos, de hija matrimonial. Desde esta perspectiva el recurrente no pue-

de apoyarse en el artículo 140 del Código Civil para fundar su pretensión, dado que la filiación tiene el carácter de matrimonial, mientras que las hipótesis prevenidas por el expresado precepto son las referidas a “filiación no matrimonial”. Por ello, ha de desestimarse la demanda, al conocer de la misma. Ni el actor está legitimado, ni concurren objetivamente los presupuestos fácticos para que prospere la acción. Consecuentemente, se absuelve de la demanda a los demandados con expresa condena en las costas de primera instancia; las de segunda instancia deberán satisfacerse por cada parte las suyas. Las del presente recurso, también, deberán satisfacerse por cada parte las suyas (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

II. PATRIA POTESTAD

1. *Aun cuando la madre es una disminuida psíquica al estar aquejada de insania mental y no encontrándose en su cabal juicio, la circunstancia de que no se procediera a su previa incapacitación no es motivo de nulidad del procedimiento que finalizó privándola de la patria potestad, ya que la misma actuó por medio de Procurador y Abogado en defensa de sus derechos tanto en primera como en segunda instancia.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 18 de septiembre de 2001.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª María Fe presentó ante esta Sala escrito de interposición de recurso de casación contra la Sentencia dictada, con fecha 6 de julio de 1999, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Primera) en el rollo núm. 26/1999, dimanante de los autos núm. 191/1997, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Bilbao.

- Entregadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste las devolvió con dictamen contrario a la admisión del recurso.
- El Tribunal Supremo no admitió a trámite el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se articula el recurso de casación en dos motivos, y ambos según el Tribunal Supremo incurren en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento prevista en el art. 1710.1.3.^a, caso primero, de la LEC para cuya apreciación no es preceptiva la previa audiencia de parte, según reiterada doctrina de esta Sala refrendada por el Tribunal Constitucional (SSTC 37/1995, 46/1995, 98/1995 y 152/1998 y ATC 24-4-1996).

1. Infracción de los arts. 24.1 y 49 de la CE.

Sostiene la recurrente que al no haber obtenido la recurrente la tutela judicial efectiva de los tribunales, ya que pese a que la misma es una disminuida psíquica al estar aquejada de insania mental, no encontrándose en su cabal juicio, no se procedió a su previa incapacitación, lo que determina la nulidad del procedimiento seguido al habersele causado indefensión.

El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente con relación al creciente hábito de fundamentar los motivos de casación civil en infracción del art. 24 de la Constitución que “debe rechazarse la práctica, cada vez más extendida, de traer a colación, a modo de motivo o cajón de sastre, la cita con carácter subsidiario o remanente del art. 24 de la Constitución pues la importancia y trascendencia de esta norma invita a un rigor expositivo que debe vigilarse a efectos de la admisión preliminar para evitar consideraciones inútiles” (STS 10-5-1993, 18-2-1995, 27-3-1995, 18-11-1995 y 5-7-1996), desconociendo que tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional tienen dicho, acerca del

alcance del art. 24 CE que “el derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y razonada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse discutible o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC 23-4-1990 y 14-1-1991); basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional (STC 5-4-1990)” (STS 30-3-1996), como ocurre en este caso; que lo reconocido en el art. 24.1 de la Constitución es el derecho de todas las personas a ser acogidas y oídas en el proceso, pero no a obtener una sentencia de conformidad, y que la tutela judicial efectiva se obtiene, incluso, cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente (SSTS 16-3-1996 y 31-7-1996); y que la indefensión con relevancia constitucional es tan sólo aquella en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos o intereses (STC 44/1998, de 24 de febrero, que cita las SSTC 290/1993, 185/1994, 1/1996 y 89/1997), ninguna de cuyas circunstancias concurren en el presente caso, en el que la parte recurrente actuó por medio de Procurador y Abogado en defensa de sus derechos, habiendo obtenido la sentencia tanto de primera instancia como la de apelación su convicción mediante la constatación de las circunstancias concurrentes en el presente caso a través de las pruebas efectivamente practicadas,

apreciación judicial que debe considerarse perfectamente razonable, lo que determina la inadmisión del motivo por carencia manifiesta de fundamento prevista en el art. 1710.1.3.^a, caso primero, de la LEC.

2. Infracción de los arts. 170 y 200 del CC.

Alega la recurrente que siendo una enfermedad mental grave no es posible que se produjera un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad al no serle los mismos exigibles.

El motivo, a criterio del Tribunal Supremo, vuelve a incurrir en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, ya tipificada, por cuanto la parte recurrente

desconoce los hechos declarados probados por la sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho Primero tras la valoración de la prueba, conforme a la cual ha quedado sobradamente justificado que se ha producido por parte de la apelante un incumplimiento de los deberes para con su hija, constituyendo este el dato decisivo para determinar la procedencia de la privación de la patria potestad, como con acierto dictamina el Ministerio Fiscal, siendo indiferente que tal incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad se produzca por la propia voluntad del progenitor, o bien por una situación no imputable al mismo como puede ser el padecimiento de una enfermedad, pues el art. 170 del CC no establece distinción alguna al respecto.

III. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

1. GESTIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES

1.1. *Habiendo reconocido el esposo en capitulaciones matrimoniales que la finca fue comprada por la esposa con dinero privativo de ella, ésta no necesita del consentimiento de aquél para venderla por tener la libre disposición de la vivienda sin que pueda aplicarse al supuesto la presunción de ganancialidad al haber sido desvirtuada por el reconocimiento hecho por el marido.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 25 de septiembre de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.**

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José María interpuso demanda de menor cuantía contra D.^a Dolores en la que solicitó se dictara sentencia por la que se declare: a) Que el inmueble

sito en Sevilla perteneció desde su compra por los cónyuges D. José y D.^a Dolores a la sociedad Legal de Gananciales. b) Que D.^a Dolores debe a D. José la cantidad de 8.000.000 de pts. como consecuencia de la venta del inmueble, y en su consecuencia condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores manifestaciones y a que abone a D. José la cantidad de 8.000.000 de pts., así como al pago de los intereses legales desde la fecha de la resolución y las costas legales de este proceso.

- D.^a Dolores se personó en el pleito y contestó a la demanda a la que se opuso con las alegaciones de hechos y de derecho que aportó, para terminar suplicando al Juzgado: “En su día dictar sentencia absolviendo a la demandada y condenando al actor en las costas del juicio”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Sevilla dictó sentencia el 18 de diciembre de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Sevilla dictó sentencia el 15 de julio de 1996 desestimando el recurso interpuesto.
- Don José María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Las pretensiones deducidas por el que recurre en la demanda que instauró el pleito se refieren concretamente a que se declare ganancial el inmueble adquirido vigente el matrimonio que había contraído con la demandada, y por ello debía reintegrarle en la cantidad de ocho millones de pesetas, como consecuencia de la venta de la finca llevada a cabo por la esposa.

La sentencia de Instancia aplicó el artículo 1324 del Código Civil y tal precepto opera, cuando, como sucede en el caso de autos, el esposo vino a confesar “con los efectos, consecuencias y limitaciones del artículo 1324 en la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada el 19 de septiembre de 1983, que la finca litigiosa la había comprado la esposa no con dinero del caudal común, pues el precio pagado procedía íntegramente de su caudal privativo”, con lo que de modo bien y claramente expresado, preciso y contundente, el recurrente admitió y reconoció que no solo la titularidad domini-

cal del inmueble pertenecía a la demandada, sino también procedía de su caudal propio el dinero empleado para el pago del bien adquirido.

El artículo 1324 del CC atribuye eficacia probatoria *inter partes*, es decir en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, más concretamente de uno frente al otro, al preservar los intereses de los herederos forzosos del confesante y de los acreedores, para no blindar situaciones de posibles fraudes. En el caso que nos ocupa la confesión del recurrente se presenta muy decisiva, y la escritura resulta dotada de plena validez y así lo decidió el Tribunal de Instancia, al reconocer la eficacia en la confesión prestada, que vino a instaurar situación consolidada de acto propio vinculante. El artículo 1324 contempla una prueba lícita, que se presenta perjudicial a los intereses económicos del que la presta, pero refuerza su autonomía y libre decisión, que ha de relacionarse con su voluntad expresada de poner de manifiesto

la realidad de las cosas, por lo que la privaticidad de la finca se presenta plenamente en todos sus efectos, ya que la manifestación tuvo lugar vigente el matrimonio, pues los litigantes se divorciaron por sentencia muy posterior.

La prevalencia confesoria que el artículo 1324 establece, efectivamente no es absoluta y cabe prueba en contrario, pruebas que han de ser eficaces y contundentes, como declaró la sentencia de 18 de julio de 1994, sucediendo que esta prueba contradictoria no se ha producido, ya que la sentencia recurrida no la establece y el recurrente la refiere básicamente al documento privado suscrito con la esposa en la misma fecha de la escritura que se deja referida. Este documento actúa como convenio regulador de la separación matrimonial, en el cual sólo se hace constar la manifestación del recurrente a no renunciar en caso de venta del piso a la parte que le corresponda en el precio, pero sin que se integre en el mismo pacto expreso y vinculante por el que se le hubiera reconocido el derecho participativo en el importe de la venta que se reclama, es decir se da ausencia de convenio al respecto, debidamente acordado en cuanto a que el precio se repartiría por mitad entre los cónyuges, con lo cual dicha participación no le asiste desde el momento que confesó que la finca era de la pertenencia exclusiva de la esposa.

No es posible tutelar en casación la pretensión del que recurre, conforme a lo que se deja expuesto, pues su reconocimiento explícito en la confesión que libremente otorgó no quedó anulado por el documento privado de referencia y por ello, tras la reforma del Código Civil llevada a cabo el 13 de mayo de 1981, la esposa tenía la libre disposición de la vivienda y hacer suyo el precio obtenido por reventa, sin precisar consentimiento alguno del recurrente en razón a la confesión que prestó y que se deja estudiada en sus efectos y trascendencia y, al tratarse de extrajudicial, quedó sometida a la libre valoración por el Tribunal de Instancia, conforme reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias de 21-7 y 4-12-1992 y

20-5-1996), con lo que no se ha producido la infracción que se denuncia del artículo 1239 del Código Civil. La contradicción de que el recurrente hace aportación entre la escritura y el documento no cabe apreciarla, pues la escritura resulta clara y expresiva en cuanto el actor reconoce la privaticidad de la finca y el documento privado para nada admite su condición de ganancial ni tampoco contiene concesión expresada por la demandada de partir por mitad el precio que se obtuviera de su enajenación.

No se ha cometido la infracción que se denuncia del artículo 1218 del Código Civil, desde el momento que no ha concurrido prueba en contrario que desvirtúe la eficacia de la escritura pública de referencia, sin que el recurrente hubiera alegado error de derecho alguno a tales efectos y tampoco procede tratar de imponer valoración propia e interesada a la apreciación llevada a cabo por los juzgadores de instancia en su función juzgadora de interpretar y valorar las pruebas obrantes en el pleito y decisivas para resolver la contienda procesal. No logró demostrar el recurrente que la finca del pleito tuviera consideración ganancial o lo fuera en algún momento, pues de ser bien común demostrado la confesión no alteraría tal situación, ya que la misma sólo actúa como medio de prueba y no como instrumento apto para negocios traslativos del dominio y ante los hechos fijados en la sentencia que recurre, evidentemente se trata de una confesión tanto de hechos como de situación jurídica contraria al interés del que la prestó, que no resulta para nada desvirtuada por el documento privado, que se pretende imponer, con apoyo en haberse infringido el artículo 1225 del Código Civil por indebida aplicación, que tampoco cabe apreciar, pues, como se deja dicho, ni se da contradicción con la escritura pública, ni puede anularla y dejarla por completo ineficaz en cuanto a la confesión que la misma contiene. Consecuente a todo lo que se deja estudiado es que no resulta de aplicación al caso que nos ocupa la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 del Cód-

go Civil y doctrina jurisprudencial que lo interpreta y en la misma escritura se hace constar que el reconocimiento de bien privativo que efectuó el recurrente, la adquisición de la finca reúne los requisitos del supuesto 3.º del artículo 1346 del Código Civil.

El Tribunal Supremo tiene declarado que la presunción al tratarse de bienes gananciales, es *iuris tantum* y ello requiere la aporta-

ción de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes por parte de uno de los cónyuges, que es lo que aquí ha ocurrido, al haberse demostrado de manera cumplida y plenamente satisfactoria el carácter privativo del inmueble que se discute (Sentencias de 10-11-1986, 8 de marzo y 2-7-1996, 24-7-1996, 26-9-1996 y 19-12-1997, entre otros).

1.2. *Carácter ganancial de la deuda generada por la prestación de un aval por parte del esposo a favor de la empresa familiar que constituía el medio económico para el sustento de la familia.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2001.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Antonio era socio mayoritario (titular del 81,25% de las acciones) y administrador único de “Transportes H., S.A.” (siendo los otros socios sus dos hijos, D. Antonio y D. Jorge) y vino a constituir aval a favor de dicha sociedad para garantizar la operación financiera que había concertado con Banco B.
- A consecuencia de los impagos el Banco B. planteó demanda de juicio ejecutivo a la que siguieron la traba de los bienes gananciales del matrimonio formado por D. Antonio y D.ª Dolores.
- D.ª Dolores interpuso demanda de tercería de dominio contra el Banco B., D. Antonio y D. Jorge en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, solicitó: “Dictar sentencia dando lugar a la demanda por la cual quede sin efecto la traba sobre los expresados bienes”.
- La entidad Banco B. se personó en el pleito y contestó a la demanda, oponiéndose a la misma con las alegaciones de hechos y derecho que aportó y terminó suplicando al Juzgado: “Dicte en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda que contesto, con imposición de costas a la demandante”.
- Los demandados D. Antonio y D. Jorge por comparecencia judicial de 21 de julio de 1993 se allanaron a la demanda.

- EL Juzgado de 1.^a Instancia núm. tres de Barcelona dictó sentencia el 28 de julio de 1994 desestimando la demanda. Entendió el tribunal que la prestación del aval obedeció a satisfacer y procurar el buen desarrollo y desenvolvimiento del negocio que constituía el objeto social de la compañía afianzada, no tratándose de propia liberalidad, sin que, a su vez, se hubiera justificado debidamente la aportación de bienes a la sociedad como exclusiva del marido.
- En grado de apelación, la Sec. 13.^a de la AP de Barcelona dictó sentencia el 28 de marzo de 1996 desestimando el recurso interpuesto.
- D.^a Dolores interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Entiende la recurrente que las sentencias de instancia han vulnerado lo establecido en el art. 1373 del Código Civil y aplican improcedentemente el art. 10 del Código de Comercio.

La cuestión nuclear del pleito y que nos hemos de decidir es si la prestación del controvertido aval conforma deuda privativa o deuda común. La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que en supuestos de aval aportado por uno de los cónyuges sin el consentimiento e intervención del otro, en los que predomina la nota de liberalidad, y sin constancia alguna de que el afianzamiento constituido lo fuese en interés y beneficio de la familia, y no constando la notificación del proceso de ejecución en marcha —lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, ya que la recurrente ejercitó en el proceso ejecutivo la opción prevista en el artículo 1373 del Código Civil—, entonces el aval reviste deuda privativa del cónyuge que lo emitió (Sentencia de 16 de noviembre de 1990), que autoriza al levantamiento del embargo en la mitad indivisa de los bienes (Sentencia de doce de enero de 1999).

En el caso presente ha quedado suficientemente acreditado que la sociedad avalada era una compañía familiar, que desenvolvía su negocio en la órbita de la sociedad ganancial, la que resultaba beneficiaria de las

actividades negociales positivas que desarrollaban y así lo pone de manifiesto el examen en vía casacional de los hechos probados que se dejan reseñados. En esta línea la sentencia de 2 de julio de 1990 contempló un supuesto de aval a cargo de un cónyuge que actúa en favor de la explotación regular de los negocios, que favorecían al consorcio ganancial, haciendo aplicación del artículo 1362.2 y 4 del Código Civil para declarar la existencia de deuda común y de igual forma se pronuncia la sentencia de 11 de abril de 1972, tratándose de aval que afecta a establecimiento mercantil y no cabe apreciar que fuera exclusivamente gratuito por tratarse de aval solidario sometido a la norma segunda del artículo 1145 del Código Civil (SS. de 21-11 y 29-12-1987, 20-3 y 19-7-1989).

La infracción denunciada del artículo 1373 no cabe apreciarla, pues, conforme a lo que queda dicho no se trata de afianzamiento decididamente gratuito, pues si bien el artículo 441 del Código de Comercio lo presume gratuito, no lo establece y según el artículo 1823 del Código Civil la fianza puede ser gratuita u onerosa, sin que incida el hecho de que, con posterioridad al embargo, los cónyuges llevaron a cabo, en escritura de 8 de octubre de 1992, la disolución del régimen ganancial y su sustitución por el de

separación de bienes, así como la liquidación de la sociedad de gananciales que hasta entonces regía su matrimonio, pues como declara la sentencia de 4 de febrero de 1999 (y la que cita de 30-8-1993), el título de tercerista debe de referirse al tiempo del embargo y no a las situaciones que puedan surgir con posterioridad, y, acreditado que la deuda (en este caso tributaria) fue causada en el ejercicio de una actividad comercial de carácter ganancial, anterior a ponerse fin a la sociedad de gananciales, los bienes que integraban la misma sirven para responder de dicha deuda.

En el caso presente se trata de deuda derivada de la actividad comercial desplegada por el marido, en su condición de administrador único y socio mayoritario de la sociedad familiar dicha, vigente el régimen de gananciales, lo que la hace deuda común, pues la recurrente conocía perfectamente las actividades comerciales que realizaba su esposo, constituyendo medio económico para el sustento de la familia (Sentencia de

30 de diciembre de 1999), integrándose dichas actividades en el número 5 del artículo 1347 del Código Civil y hace aplicables los artículos 6 y 7 del Código de Comercio (Sentencias de 6-6-1994 y 10-11-1995), sin que quepa acogida casacional la alegación, por aplicación improcedente, no muy afortunada del artículo 10 del Código de comercio, para negar al esposo toda condición de comerciante.

Las sociedades acceden al tráfico mercantil, en su dinámica operativa, por medio de las personas físicas delegadas para representarlas y poder llevar a cabo actividades de gestión comercial, como los administradores y consejeros, y en este sentido el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, imponía el desempeño del cargo “con la diligencia de un ordenado comerciante” y el 127 de la Ley vigente de 22 de diciembre de 1989 proclama que “los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario”.

2. LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

1. *Calificación de bienes.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 7 de septiembre de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.**

La cláusula incluida en el convenio regulador del divorcio de que no hay bienes gananciales que liquidar no destruye la presunción de ganancialidad que consta en el Registro de la Propiedad respecto de un bien inmueble, que si bien se adquirió antes de contraerse el matrimonio, posteriormente se inscribió en el Registro por el cónyuge comprador “para su sociedad de gananciales”.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 5 de mayo de 1970, mediante documento privado, se expidió título de adjudicación a D. Rafael, en su condición de socio de la Cooperativa de

Viviendas “V.” de la ciudad de Granada, del piso sito en... En la parte final del citado documento, se expresaba que “una vez concluido el edificio, autorizada la división del préstamo hipotecario y terminados todos los trámites administrativos, Cooperativa ‘V.’ otorgará a favor del socio adjudicatario la oportuna escritura pública de desvinculación de la propiedad del piso, siempre que el interesado esté al corriente en el pago de las aportaciones a su cargo”.

- El 8 de septiembre de 1972, D. Rafael y D.^a Elena contrajeron matrimonio.
- En 19 de diciembre de 1975 se adjudicó el piso en escritura pública a D. Rafael, y se detalló la finca como el piso sito en....
- Cuando dicha escritura accede al Registro de la Propiedad número 2 de Granada, en fecha 19 de octubre de 1976, D. Rafael la inscribió “para su sociedad de gananciales”.
- El 18 de enero de 1977 se decreta la ejecución, a efectos civiles, de la sentencia de separación dictada por la Jurisdicción Eclesiástica, relativa a los esposos D. Rafael y D.^a Elena, donde se recoge la disolución de la sociedad de gananciales de los cónyuges y se acuerda el régimen de separación de bienes para el futuro.
- En 22 de abril de 1986 recae la sentencia de divorcio de común acuerdo de dichos esposos y, respecto a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se recoge en el Convenio Regulador que “los cónyuges declaran no existir bienes en que practicar la liquidación de gananciales”.
- D. Rafael promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre determinación de la naturaleza privativa o ganancial de un inmueble por considerarse bien privativo contra D.^a Elena, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado se dictase sentencia por la que se declare: “Que la finca mencionada en el hecho 2.^o, es bien privativo del demandante, D. Rafael y excluida por tanto la pretensión de la demandada de copropiedad, por todo lo acreditado en este escrito”.
- D.^a Elena se personó en autos solicitando la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.
- El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Majadahonda dictó sentencia el 31 de julio de 1993, desestimando la demanda y declarando que el piso no resulta ser bien privativo del actor, absolviendo a la demandada de las pretensiones condenatorias por la parte actora con expresa imposición de costas al actor.
- En grado de Apelación la Sec. 14.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 17 de julio de 1995 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.

- D. Rafael interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega el recurrente que la sentencia impugnada entiende que el piso referente al contrato de 5 de mayo de 1970 no se corresponde con el expresado en la escritura pública de 19 de diciembre de 1975, cuando no existe discrepancia entre ambos documentos en cuanto a la localización de la finca donde posteriormente se construyó el edificio, y tampoco la ha habido entre las partes sobre que la vivienda adquirida en el documento privado de 1970 y la después adjudicada mediante escritura pública de 1975, fueran diferentes, y la cuestión debatida se centró exclusivamente en el establecimiento del carácter privativo o ganancial del referido inmueble;

En otro motivo de casación, D. Rafael sostiene que la sentencia de instancia entiende que la vivienda litigiosa constituye un bien ganancial y no privativo adquirido por el recurrente antes del matrimonio.

Ambos motivos son examinados conjuntamente por el Tribunal Supremo y se desestiman, porque amén de que la determinación de la sentencia de instancia, respecto a la no correspondencia del piso que fue adjudicado al actor antes de la celebración del matrimonio con el que figura en los documentos públicos incorporados al procedimiento, es-

tá en consonancia con los antecedentes demostrativos obrantes en las actuaciones, es evidente que la escritura relativa a la vivienda litigiosa fue inscrita en el Registro de la Propiedad número 2 de Granada “para la sociedad de gananciales” de los litigantes, de manera que opera aquí la presunción de veracidad de los asientos del Registro establecida en el artículo 38, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, que es una *praesumptio iuris* del tipo de las *iuris tantum* y, por consiguiente, susceptible de ser desvirtuada mediante la prueba de que el Registro está equivocado por discordancia con la realidad jurídica extrarregistral, y el único dato acreditativo, posterior a la inscripción, contrario a tal presunción, que podría invalidarla, proviene del Convenio Regulador, aprobado por la sentencia de divorcio de 22 de abril de 1986, donde se expresa que “los cónyuges declaran no existir bienes en que practicar la liquidación de gananciales”, sin embargo en esta sede se entiende que no la anula, habida cuenta de que, por su generalidad, no se valora como suficiente para dicho efecto, máxime cuando no se ha justificado ninguna mutación en la titularidad de aquel inmueble desde la inscripción hasta el Convenio Regulador.

2. *Habiéndose suscrito constante el matrimonio un contrato de compraventa sin que aún se haya producido la entrega del inmueble, procede incluir en el activo los derechos que puedan corresponder a la sociedad de gananciales en virtud del contrato de compraventa.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 22 de octubre de 2001.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Luis instó demanda de menor cuantía contra D.^a Inmaculada solicitando se dictase sentencia declarando haber lugar a los siguientes pronunciamientos: “1.^o) Liquidación de la sociedad de gananciales constituida por mi representado y la demandada, procediendo, de acuerdo con el inventario de bienes que se articula en la parte fáctica de esta demanda, a la adjudicación de los bienes que constituyan la sociedad ganancial, una vez determinada la cuantía líquida de los mismos, a los litigantes por mitad a cada uno de ellos, en la forma y modo que a continuación se especifica. 2.^o) Declarar que el bien inmueble descrito es indivisible, estableciendo la opción de que se adjudique a una de las partes indemnizando a la otra por la cantidad que le corresponda, fijándose el plazo de ocho días para que pueda manifestar cada una su propósito al respecto, con la advertencia de que su silencio se interpretará como renuncia a ejercitar este derecho; y que si se ejercitase por ambos se resolverá la adjudicación a uno de ellos por sorteo a presencia judicial; transcurrido dicho plazo sin manifestación de ninguna de las partes, se procederá, en ejecución de sentencia, a la venta del expresado inmueble en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, repartiéndose entre los litigantes el precio obtenido, incluyendo también en la liquidación el valor de los muebles existentes en el mismo, con deducción del pasivo computable; y 3.^o) Costas, las cuales deberán ser impuestas al demandado, por los motivos expuestos en el lugar correspondiente de esta demanda”. Asimismo interesaba el recibimiento del procedimiento a prueba.
- D.^a Inmaculada presentó escrito solicitando que se dicte sentencia por la que se disponga no haber lugar a la liquidación de la sociedad de gananciales solicitada por D. José Luis, sin perjuicio del derecho que le asiste a presentar nuevamente demanda, una vez que estén a salvo los derechos de sus hijos, y por tanto, una vez alcanzada la mayor edad y la independencia económica.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 23 de Madrid dictó sentencia el 8 de mayo de 1995 estimando la demanda y acordando que “el activo de la sociedad de gananciales habida entre los litigantes está integrado por la vivienda sita en la C/ Jalance de Madrid, valorada en 37.671.984 ptas. Asimismo debo declarar y declaro que el pasivo de la sociedad de gananciales está integrado por 836.830 ptas. que la sociedad adeuda a la FFF, y por 493.984 ptas. que la sociedad adeuda a D. José Luis...”. Igualmente se atribuía a cada cónyuge y en proindiviso “el 50% de los bienes y deudas que comprenden el activo y pasivo de la sociedad de gananciales, si bien la adjudicación a cada cónyuge se realizará en fase de ejecución de sentencia, sin perjuicio del derecho de

los hijos menores de los litigantes a seguir disfrutando por sentencia de separación matrimonial de 16 de mayo de 1985 del uso del bien inmueble declarado ganancial, que deberá ser respetado en todo caso hasta que alcancen la mayoría de edad; todo ello sin hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas”.

- En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 26 de abril de 1996 estimando el recurso formulado por D.^a Inmaculada y, revocando parcialmente la sentencia dictada en la instancia declara que “procede incluir en el activo de la sociedad ganancial el piso sito en Torremolinos, cuya valoración puede llevarse a cabo en fase de ejecución. Sin imposición de costas”.
- Don José Luis interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, acordándose la inclusión en el activo de la sociedad de los derechos que los cónyuges poseían respecto al contrato privado de compraventa suscrito por el esposo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El demandante D. José Luis, recurre la sentencia de la Audiencia que revocando en parte la del Juzgado de Primera Instancia, acuerda la inclusión en el activo del inventario como de la propiedad de la sociedad de gananciales el piso en Torremolinos, inscrito en el Registro de la Propiedad de Málaga desde el 5 de agosto de 1977, como de la propiedad de la Sociedad Mercantil “DEF S.A.”, cuya inclusión había sido denegada por el Juez de 1.^a Instancia, habiendo mostrado su conformidad el recurrente en casación Sr. José Luis, con los demás extremos del fallo de la sentencia, limitándose pues el recurso, esclarecer si procede o no la inclusión en el inventario de bienes de la sociedad de gananciales el citado piso de Torremolinos.

Sostiene el recurrente que se han vulnerado los arts. 1, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1397.1.^o y 1091, 1255, 1450, 1462 y 1466 del Código Civil, pues aun manteniendo que el contrato de compraventa del piso de Torremolinos se perfeccionó en el contrato privado, cuya fotocopia ha sido aportada a los autos por la demandada, con fecha

20 de diciembre de 1982, constante el matrimonio, compraventa que tuvo lugar entre D. José Luis, comprador y D. Fernando, vendedor, habiendo existido entre los mismos acuerdo de voluntades respecto a la cosa y el precio, sin embargo no se transmitió el dominio a favor del primero y por ello a la sociedad de gananciales, porque faltó la *traditio*, ya que como se infiere de la cláusula segunda del susodicho contrato que establece que “la toma de posesión total de la vivienda se produciría en el momento en que se firme la escritura de hipoteca”, y en los términos de la cláusula tercera, en la que se estipuló que el resto del precio en la suma de dos millones de pesetas “las abonará el comprador mediante crédito con garantía hipotecaria”, garantía que no se ha cumplido por lo que de acuerdo con el párrafo segundo del art. 609 del Código Civil, no se ha producido la transmisión del dominio, no siendo, por consiguiente acertada la afirmación de la sentencia recurrida de que el documento privado de compraventa “equivale a la justificación de la adquisición”, en cuanto que para que la misma se lleve a

efecto es necesario que se acredite la entrega de la cosa, hecho que no está probado en autos, argumentación esta de la parte recurrente que entendemos correcta. A mayor abundamiento, el piso vendido se encuentra, en la fecha de autos inscrito (inscripción 4.^a) a nombre de la entidad mercantil “DEF, S.A.”, por lo que ni siquiera era titular el que vende en nombre propio D. Fernando (según reza el documento privado), aunque sí era representante legal de la mercantil titular de la vivienda. Argumentación esta que es suficiente para estimar en parte el recurso, en cuanto efectivamente, no se puede incluir en el inventario ese piso como de la propiedad de la comunidad legal de gananciales de los cónyuges litigantes, pero

estando acreditado que el contrato de compraventa sobre la vivienda, llevado a efecto entre el que era el representante legal de la entidad titular del dominio “DEF, S.A.”, D. Fernando y el recurrente D. José Luis, así como el pago de parte del precio, sin que conste, por otra parte, que el contrato haya sido resuelto, entendemos que puede tener una entidad económica a determinar en ejecución de sentencia que ha de llevarse al activo del inventario de la sociedad legal de gananciales, los derechos que puedan corresponder a la misma en virtud del contrato de compraventa de 20 de diciembre de 1982 del piso de Torremolinos y no la propiedad del mismo como se dictaminó en la sentencia recurrida.

3. UNIONES DE HECHO

1. *Plena equiparación entre el padre biológico y la persona que convive de forma estable con la madre y sus hijos, a los efectos de fijar la indemnización como consecuencia del fallecimiento de una hija en accidente de circulación.*

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 17 de septiembre de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo.

ANÁLISIS DEL CASO

- El acusado Luis, sobre las 19,45 horas del día 18 de diciembre de 1996, se dirigió al “Bar A.”, sito en la calle P. de la localidad de Palafrugell, donde estuvo consumiendo diversas bebidas alcohólicas, que afectaron considerablemente a su facultad para conducir vehículos de motor, no obstante lo cual sobre las 20,30 horas, cuando salió del meritado establecimiento, subió a bordo de su vehículo y asegurado en “Seguros E.” que se hallaba estacionado en las inmediaciones de dicho lugar, con el propósito de trasladarse a

otro bar para continuar con la ingesta de bebidas alcohólicas y lo condujo a pesar de tener considerablemente disminuidas sus facultades psicofísicas por la ingesta de alcohol a velocidad comprendida entre los 80 y los 90 km/h, cuando estaba limitada la velocidad a 50 km/h por casco urbano, con claro desprecio a las más elementales normas de prevención y cuidado que exige la circulación, al hallarse el pavimento mojado por la lluvia caída, hasta que, al llegar a la intersección de la Plaza C. con la calle S., zona muy concurrida de personas y con varios pasos de cebra, con un carril para cada sentido de marcha, de anchura cada uno de 3,85 metros, debido a la alta velocidad y a la ingesta de bebidas alcohólicas, no respetó una señal de Stop que le afectaba y giró a la derecha sin aminorar la velocidad para tomar dirección a la calle S. viéndose sorprendido y colisionando contra una jardinera central de la calle S. y seguidamente contra el bordillo de una de sus aceras y contra una jardinera en ella instalada, invadiendo bruscamente la acera, por el lugar donde caminaba María Ángeles, de 14 años de edad, que resultó atropellada con el vehículo del acusado, causándole la muerte, quedando el vehículo finalmente girado en 140 grados en relación a la dirección que portaba. Practicada al acusado la prueba de impregnación alcohólica, arrojó un resultado de 1,06 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, equivalente a 2,12 g por 1.000 c.c. de sangre a las 21,28 horas y de 0,73 miligramos por 1.000 c.c. de sangre a las 21,43 horas, habiéndosele ofrecido al acusado la posibilidad de contrastar estos resultados con un análisis de sangre, sin que considerase necesaria su práctica. El acusado, después del luctuoso accidente, presentaba además síntomas evidentes de encontrarse bajo los efectos de una fuerte intoxicación etílica, tales como: abatimiento, ojos brillantes, rostro con sudores, aliento con fuerte olor a alcohol, habla pastosa con palabras incoherentes y deambulación vacilante. La víctima en el momento del accidente vivía en compañía de su madre María Soledad, del compañero sentimental de ésta José María, quien convivía con la joven fallecida desde hacía nueve años y de su hermana menor Mireia.

- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de La Bisbal incoó procedimiento abreviado contra Luis, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Tercera, que con fecha 8 de octubre de 1999 dictó sentencia “condenando al acusado Luis como autor responsable de un delito de homicidio por imprudencia grave, ya definido y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de dos años de prisión y cuatro años de privación del permiso de conducir vehículos a motor y ciclomotores, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo por un año y al pago de las costas procesales causadas, con exclusión de las originadas por la acusación particular. Como responsable civil le condenamos a que indemnice a María Soledad y José María en la

suma de 11.352.000 pesetas por el fallecimiento de su hija María Ángeles y a su hermana menor Mireia en la suma de 2.064.000 pesetas, declarando la responsabilidad civil directa de la aseguradora ‘Seguros E.’ para el abono de las merítadas sumas con más el interés legal incrementado en un cincuenta por ciento desde la fecha del accidente y hasta su total pago”.

- Notificada la sentencia a las partes, se interpusieron recursos de casación por infracción de ley por el acusado Luis, por la acusación particular M.^a Soledad y José María y por el Responsable Civil “Seguros E.”, recursos que fueron desestimados.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Dejando a un lado los motivos de oposición esgrimidos por el condenado y la entidad aseguradora que se dedican a temas ajenos al derecho de familia, debemos centrarnos en el recurso interpuesto por Don José. Este sostiene que se ha aplicado incorrectamente el art. 113 del CP, que se reputa infringido porque la sentencia impugnada ha fijado en base al baremo una sola indemnización comprensiva de los perjuicios de la madre de la niña fallecida y de la persona que convive con aquélla como pareja de hecho estable, y reclama que este último debe ser resarcido con una indemnización individualizada e independiente de la de la madre de la víctima, alegando que los sufrimientos causados por la pérdida de la niña se padecen individualmente y no pueden ser sustituidos por un padecimiento conjunto con otras personas.

El motivo es rechazado por el Tribunal Supremo con la siguiente fundamentación: el art. 113 del CP extiende las indemnizaciones de los perjuicios materiales y morales ocasionados por el delito a los que se hubieren irrogado al agraviado, a sus familiares o a terceros, y la sentencia incluye a Don José María como perjudicado en su condición de padre *de facto* de la niña fallecida, por lo que al aplicar el baremo como base valorativa de la indemnización a fijar, ésta debe establecerse de manera conjunta de acuerdo con la Tabla I, Grupo IV, título

“Padres” del citado baremo, por lo que la indemnización individualizada que se reclama resulta improcedente al no darse el supuesto de excepción a la regla general previsto en la nota 5.^a de que los padres no convivieran con la víctima del hecho.

En otro motivo se vuelve a disentir del fundamento indemnizatorio de la sentencia de instancia, que asigna a José María en su condición de padre de hecho de la niña fallecida, conjuntamente con la madre de ésta la cantidad de 11.352.00 ptas. prevista en la Tabla I, Grupo IV, ap. 5.^a, actualizado en 25 de marzo de 1997, del baremo tantas veces mencionado. Alega el recurrente que la sentencia impugnada incurre en un grave error al “equiparar la condición de padre al citado D. José María cuando el mismo no lo es, pues la fallecida no se puede considerar filiada respecto del mismo”, y porque la indemnización acordada por el Tribunal *a quo* debe reservarse exclusivamente a los padres biológicos o naturales.

Lo cierto es que la sentencia declara como hecho probado que “la víctima en el momento del accidente, vivía en compañía de su madre María Soledad, del compañero sentimental de ésta, José María, quien convivía con la joven fallecida desde hacía nueve años...”, es decir desde que la víctima tenía cinco años hasta su fallecimiento a la edad de catorce. De este dato probado, los jueces de instancia rechazan la pretensión

de que D. José María no devengue indemnización al no ser padre biológico de la fallecida y, por tanto, no incluido en el Grupo IV de la Tabla I del Baremo. Al respecto, razona la sentencia que esta pretensión “...debe ser desatendida, tanto porque va en contra de los más elementales sentidos de justicia material, cuanto porque supondría una discriminación de las parejas de hecho, cuando uno de ellos no fuera padre biológico del hijo del otro con quien convive *more uxorio*, lo que supondría una perversa interpretación restrictiva que, además, entraría en contradicción con el criterio dominante en el CP (arts. 23 y 153), tendente a equiparar el matrimonio y las uniones de hecho”.

A los efectos indemnizatorios que nos ocupan, la Sala segunda del Tribunal Supremo avala y confirma el razonamiento del Tribunal de instancia y considera que, atendida la relación familiar efectiva que se describe en el *factum* de la sentencia, ninguna razón impide que se equipare la relación afectiva *more paternofilis* entre don José María y la niña fallecida con la relación paternofilial formalmente constituida, del mismo modo que a los mismos efectos indemnizatorios —y otros que no son del caso— ningún reparo se plantea en la actualidad al equiparar la relación matrimonial con las uniones estables de dos personas vinculadas

por análoga relación de afectividad. A lo que cabe añadir, como destaca el Fiscal, que D. José María, cuya indemnización se impugna, ha estado personado en la causa desde su instrucción en litisconsorcio procesal con su compañera sentimental y madre de la víctima a título de acusación particular, sin que ninguna otra parte haya objetado tal personación ni el título que la fundamenta, por lo que resulta incongruente reprochar ahora un resarcimiento cuya pretensión se había tolerado a todo lo largo del procedimiento sin reparo.

Por último, el motivo especula con la hipótesis de que en el futuro el padre biológico ejerciera su derecho de indemnización, en cuyo caso habría de serle concedida la establecida en el Grupo IV para los “padres sin convivencia”, de suerte que, a la postre, resultarían indemnizados “dos padres y una madre”. Esta alegación no puede ser acogida, no sólo porque en ella se suscita una mera conjetura sobre la que este Tribunal de casación no debe pronunciarse so pena de prejuzgar una futura resolución tan improbable, sino porque lo que la sentencia combatida enjuició y falló se ciñe a unas concretas pretensiones formuladas por las partes procesales y éstas fueron resueltas con arreglo a derecho, según hemos tenido oportunidad de analizar y verificar.

2. *Adquirido un inmueble en documento privado, la circunstancia de que la compradora inicie con posterioridad una relación de unión de hecho con un tercero, y que en la escritura pública el inmueble aparezca que se adquiere por mitad y pro indiviso por ambos convivientes no le otorga la propiedad al conviviente que no figuraba en el documento privado, sin que pueda entenderse que existe una donación encubierta al no constar la misma en escritura pública.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 22 de septiembre de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María, el 11 de julio de 1985, celebró como compradora un contrato privado de compraventa de un inmueble, siendo vendedores terceras personas, tomando posesión de él. Posteriormente lo arrendó a terceras personas percibiendo las rentas.
- En fecha no determinada inició una relación con D. Manuel que devino en unión de hecho y vigente tal relación se otorgó en fecha 12 de noviembre de 1990 escritura pública de compraventa del inmueble que otorgó a favor de D.^a María y D. Manuel por mitad y pro indiviso.
- D.^a María, una vez que rompió la relación con D. Manuel, formuló demanda contra éste en la que ejercitó la acción declarativa de propiedad, solicitando se dictase sentencia por la que: “1) Se declare que es dueña o propietaria única y exclusiva de la finca urbana que se describe en el documento privado de 11 de julio de 1985 y en la escritura pública de 12 de noviembre de 1990, por compra a sus dueños D. Gonzalo y D.^a Pilar, la hoy demandante D.^a María, sin intervención alguna en la gestación, perfección y consumación de dicho contrato bilateral del demandado Manuel. 2) Se declare también que es arrendadora única y exclusiva de dicho inmueble la mencionada demandante, careciendo en consecuencia el demandado de derecho alguno sobre las rentas ya percibidas o sobre las futuras que devenguen, en virtud del contrato de arrendamiento de 1 septiembre de 1989, gestado, perfeccionado y consumado por la repetida demandante con D. Juan. 3) Se decrete la nulidad y cancelación del asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad núm. 6 de esta ciudad relativo a la finca que se menciona en el primer apartado de este suplico. 4) Se acuerde y ordene la inscripción del dominio de la finca antes referida a nombre de D.^a María, única y exclusivamente en concepto de dueña o propietaria. 5) Se condene al demandado D. Manuel a estar y pasar por estos pronunciamientos como antes se ha dicho, así como al pago de las costas causadas.”
- D. Manuel contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que “se desestimen las pretensiones de la demandante, se ratifique la condición de propietario de D. Manuel del piso sito en L’Hospitalet, y se condene a la demandante al pago de las costas causadas en el presente juicio por su temeridad y mala fe.”
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 7 de Hospitalet dictó sentencia el 6 de octubre de 1994 desestimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 15.^a de la AP de Barcelona dictó sentencia el 29 de febrero de 1996 estimando el recurso y declarando: “a) Que la actora es propietaria única y exclusiva de la finca urbana que se describe en

el documento privado de once de julio de mil novecientos ochenta y cinco y en la escritura pública de doce de noviembre de mil novecientos noventa, identificados en la demanda. b) Que la actora es única y exclusiva arrendadora de la misma vivienda. c) Que carece el demandado de derecho sobre las rentas percibidas o que se paguen en el futuro por virtud del contrato de arrendamiento de primero de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, también identificado en la demanda. Igualmente se acordó que se rectifique el Registro de la Propiedad de conformidad con lo declarado en el apartado [1.a)] de este fallo. Sobre las costas de las dos instancias no se hace pronunciamiento condenatorio, de modo que cada parte pagará las causadas por ella y las comunes por mitad”.

- D. Manuel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión de la elevación del documento privado a escritura pública, “llenar aquella forma” según dicción del artículo 1279 del Código Civil, ha merecido la atención, no profusa, de la doctrina, de la jurisprudencia y es la esencia del presente proceso.

En la doctrina se ha advertido la frecuencia en que las partes, en el contrato plasmado en documento privado, después de haber celebrado y consumado éste, lo elevan a escritura pública, sin hacer constar la perfección del primero de los negocios jurídicos y se ha mantenido que no implica uno nuevo, sino la ratificación de aquél. El problema se plantea cuando las partes modifican el contenido del primero.

En la jurisprudencia, las sentencias de 30 de noviembre de 1996 y 17 de mayo de 1999 han dicho, la primera, que la escritura “no supone la celebración de un nuevo contrato... sino que está presuponiendo la existencia de un contrato que reúna todos los requisitos necesarios para su existencia y validez que exige el artículo 1261 del Código Civil sin que ese otorgamiento de escritura pública entrañe la prestación de un nuevo consentimiento de las partes”. Y en el mismo sentido, la segunda, que “el contrato

es el mismo, siendo la escritura pública, consecuencia de la elevación a tal rango documental de idéntico acuerdo...”.

En el presente caso, la sentencia del Juzgado ha entendido que las partes modificaron el primer contrato por acuerdo de voluntades, por lo que ante la discordancia entre los términos del contrato privado y la de la escritura pública, deben prevalecer estos últimos. La de la Audiencia Provincial estima que el demandado D. Manuel “no pudo adquirir la mitad indivisa de la finca de quienes en la escritura pública aparecen como vendedores, por cuanto éstos no querían ni podían vender” ni aparece, como negocio disimulado, negocio oneroso previo ni tampoco gratuito que sea válido. El voto particular de esta última sentencia se centra en que sí hubo una atribución patrimonial con causa en la adquisición de la mitad indivisa por D. Manuel: “el *animus donandi* de la actora aparece demostrado de forma contundente...”.

Atendiendo a las particularidades del caso concreto, aparece un contrato de compraventa perfeccionado y consumado entre unos vendedores y la demandante D.^a María, la cual adquiere la propiedad del piso

con título (el contrato) y modo (la posesión, como tradición real). Cuando cinco años más tarde se otorga escritura pública, aquellos que aparecen como vendedores ya no son propietarios y la única propietaria es la mencionada D.^a María.

Lo que se plantea, pues, no es si D. Manuel adquirió por compraventa, que nada pudo adquirir de quienes ya no eran propietarios, sino la atribución patrimonial que hace, a su favor, la única propietaria, que es D.^a María. Tal atribución patrimonial, o bien carece de causa, o bien es causa disimulada bajo la simulación de la compraventa; en este caso, no consta en modo alguno, causa

onerosa; sí aparece una causa gratuita, pero la *causa donandi*, o más bien móvil subjetivo, de D.^a María a favor de D. Manuel, no se ha llevado a cabo por el medio que contempla el ordenamiento. La transmisión dominical a título gratuito se hace en nuestro Derecho por el contrato de donación y la donación exige una aceptación, según los artículos 623 y 629 y en caso de inmuebles, que conste en la misma escritura, según exige el artículo 633 y nada de esto se cumple en el caso presente en el que no aparece una transmisión de D.^a María a D. Manuel sino que ambos son, conjuntamente, compradores y aceptan la oferta de venta; nada acepta el uno de la otra.

4. CUESTIONES PROCESALES

1. *Estimación del recurso de revisión interpuesto por la madre residente en el extranjero contra la sentencia dictada en primera instancia que atribuyó la guarda y custodia de los hijos al padre, al apreciarse la existencia de maquinaciones fraudulentas por ocultación maliciosa del domicilio de la madre, forzándose el emplazamiento por edictos.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 24 de septiembre de 2001.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. tres de Toledo tramitó proceso de menor cuantía sobre custodia y guarda de hijos habidos de unión de hecho, que promovió D. José Ignacio contra D.^a Elena, en el que recayó sentencia con fecha 14 de enero de 2000 en la que estimando la demanda se atribuía la guarda y custodia de los hijos al padre, disponiendo “la fijación de un derecho de visitas para la madre al momento en que los menores se encuentren bajo la guarda efectiva de su padre y la demandada interese el estableci-

miento de dicho derecho de visitas, imponiendo las costas del procedimiento a la parte demandada”.

- D.^a Elena interpuso recurso de revisión solicitando que se dictara sentencia dando lugar al mismo con la consiguiente rescisión total de la sentencia impugnada y reintegro a esta parte del depósito constituido, expidiéndose certificación del fallo y devolviendo los autos al órgano jurisdiccional de procedencia para que las partes usen de su derecho, según les convenga en el juicio correspondiente.
- El demandado de revisión D. José Ignacio, debidamente personado, presentó escrito de oposición a la demanda, en el que alegó razones de hecho y de derecho para terminar suplicando “que tenga por presentado este escrito, y los documentos que lo acompañan, con sus copias y me tengan por contestado y opuesto al recurso extraordinario de revisión presentado de contrario contra la sentencia firme dictada en fecha catorce de enero de dos mil por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de Toledo, en los Autos de Juicio Declarativo Ordinario de Menor Cuantía y tras los trámites procesales oportuno dictar en su día Sentencia declarando improcedente el mismo, con expresa imposición de costas a la parte recurrente”.
- El Ministerio Fiscal informó en sentido negativo a la concesión de la revisión.
- El Tribunal Supremo estimó el recurso rescindiendo la sentencia dictada por el juzgado de Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El comentario debe comenzarse reseñando el contenido del escrito del Ministerio Fiscal que, como se ha indicado, se opuso a la estimación del recurso. A tal efecto señala lo siguiente:

1.^º Con carácter previo a la cuestión de fondo, hay que plantearse si la parte recurrente ha cumplido los requisitos legales establecidos y, entre ellos, el previsto en el art. 1798 de la LEC de acuerdo con el cual, el recurso de revisión ha de interponerse dentro del plazo de caducidad de tres meses, a contar desde la fecha en que la persona que se supone agraviada, tuviera conocimiento de la alegada maquinación fraudulenta cometida en su perjuicio. En este sentido, la

tesis de la parte recurrente sobre el cómputo del plazo del recurso de revisión, no es ajustada a Derecho. La maquinación fraudulenta, cuya alegación justifica la interposición de esta vía impugnatoria, ha de ser denunciada de manera inmediata, expresándose con absoluta precisión y claridad la fecha exacta del descubrimiento del fraude. Entendemos que de la documentación aportada por la parte recurrida queda constancia que D.^a Elena, tenía conocimiento de la existencia de la demanda a través de sus padres y abogados, que iniciaron en Inglaterra diversos procedimientos tendentes a asegurarle la guarda y custodia de sus hijos, no acreditándose adecuadamente la causa del conocimiento de la sentencia por parte de la recurrente.

2.º Respecto al fondo del asunto, en este procedimiento de revisión y según doctrina reiterada de esa Excm. Sala, los hechos en que se funde la causa alegada es preciso que sean cumplidamente probados por la parte que los alegue, de tal manera que esa prueba evidencie de manera incuestionable el vicio en que incurrió la sentencia firme impugnada, por lo que al no probarse los hechos no puede prosperar el recurso. En particular, es constante la doctrina jurisprudencial que afirma que para que prospere la causa de revisión 4.ª del art. 1796 de la LEC es preciso que la maquinación consista en una conducta dolosa o maliciosa de la parte recurrida que, mediante astucia, artificio u otro medio semejante, tienda a conseguir una lesión, y que sean probados de manera cumplida los hechos que evidencien haberse obtenido la sentencia por medio de esos ardis o artificios tendentes a impedir la defensa de la parte contraria, de modo que exista nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial (sentencia de 26 de octubre de 1994 y todas las que en ella se citan).

3.º De las actuaciones no resulta desde la luego la existencia de un proceder malicioso, deliberadamente buscado por el actor para impedir la defensa de los demandados, por lo que se debe descartar desde luego la existencia de cualquier maquinación tendente a dificultar u ocultar a los demandados la iniciación del juicio con el fin de impedir su defensa u originarles cualquier clase de indefensión, pues fue la propia recurrente la que abandonó España con sus hijos, adoptando en todo momento una actitud de franca rebeldía. Por lo expuesto, el Fiscal interesa que se dicte sentencia desestimatoria del recurso, declarando no haber lugar a la revisión instada, con los efectos legales correspondientes”.

Entrando ya en el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo, se inicia la misma resolviendo el motivo procesal, esto es si el recurso se presentó en el plazo de los tres meses de caducidad, contados desde que se

descubre el fraude que establece el artículo 1798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A tal efecto alega el demandado, D. José Ignacio, que el conocimiento del pleito de menor cuantía que promovió lo obtuvo la demandante de revisión en fecha 4 de agosto de 1999. Basa tal alegato en una comunicación con tal data de los abogados de D.ª Elena, con la que había mantenido una prolongada relación sentimental, fruto de la cual son los dos hijos cuya custodia disputan. Dicha comunicación se refiere a relación normal entre colegas y los abogados británicos solicitan información de D. Miguel Ángel —que fue el Letrado de D. José Ignacio en el menor cuantía—, sobre si su cliente insistía en las acciones del referido declarativo, así como si se seguían otros procedimientos.

Evidentemente, señala el Tribunal Supremo, no resulta no resulta decisivo para establecer que se tenía un efectivo conocimiento de las actuaciones procesales que se estaban tramitando, por eso se pregunta, lo que quedó sin respuesta, pues no se probó que el Letrado hubiera contestado a su colega inglés y menos aún con referencia a la sentencia sobre la que se proyecta la revisión, que fue de fecha posterior, concretamente se dictó el 14 de enero del año dos mil, y la demanda de revisión tuvo entrada en el Tribunal Supremo el 13 de abril de dicho año.

Despejado el camino procesal que facilita plantear la demanda de revisión, procede resolver el fondo de la misma.

La recurrente alega maquinación fraudulenta al haberse seguido el proceso y dictarse sentencia en situación procesal de rebeldía de la misma, pues consta en autos que fue emplazada por el Juzgado de Paz de Bargas (Toledo) en fecha 26 de mayo de 1999, en la persona de su padre, el que manifestó que su hija residía en Inglaterra y facilitó al Juzgado, como así lo recoge la diligencia, la dirección completa de su abogado en dicho país, no obstante ello, el demandante interesó del Juzgado el emplazamiento edictal (escrito de 14 de junio de 1999) por lo que se dictó resolución en tal sentido en fecha 19 de julio de 1999, ha-

biéndose publicado el emplazamiento de referencia en el Boletín Oficial de Toledo a 10 de agosto de 1999.

Lo actuado pone de manifiesto conducta maliciosa de D. José Ignacio, que no obstante conocer su Abogado tanto la dirección de la demandada en el Reino Unido por la diligencia de emplazamiento, como por la carta que se deja referida de los abogados ingleses de 4 de agosto de 1999, nada comunicó al Juzgado y así lo pone de manifiesto la comparecencia de 3 de noviembre de 1999, lo que era exigencia conformada a la necesaria lealtad procesal que debe presidir los pleitos civiles, por lo que se provocó con este actuar torticero y censurable la rebeldía de la demandante de revisión, que de esta forma se la apartó del pleito de manera bien decidida, instaurándose situación de irregularidad procesal con la consiguiente indefensión (Sentencias de 15-4-1996 y 22-5-1996).

No disculpa el actuar de D. José Ignacio el hecho que alega de que su ex-pareja tuvo conocimiento del pleito o más bien simple noticia del mismo, pues lo que se precisa es que dicho conocimiento debe ser suficiente y apto, que se cumpliría si el abogado de dicho D. José Ignacio hubiera remitido a su colega inglés la documentación correspondiente y le mantuviera informado del estado de las actuaciones (Sentencia de 3-7-1996).

La revisión procede, pues se contó con domicilio suficientemente para la práctica del acto de comunicación de llamar al pleito a la interpelada por la demanda que lo creó y así lo ha decretado en supuestos similares esta Sala Primera del Tribunal Supremo. La sentencia de 15 de septiembre de 1992 no apreció maquinación por constar el domicilio de la parte demandada en el extranjero (concretamente la URSS), y se llevaron a cabo todos los trámites legales para efectuar la citación al pleito, lo que no sucede en el caso que nos ocupa. La sentencia de 11 de septiembre de 1996 contempla el supuesto de que, constando en la diligencia de emplazamiento el domicilio en Bélgica de la interesada, el actor, no obstante constarle el domicilio de su esposa fuera de España, solicitó el emplazamiento edictal, en vez de instar que el emplazamiento se llevara a cabo en el domicilio que constaba y así resultaba conocido, lo que pone de manifiesto evidente conducta maliciosa al haber de este modo provocado se decretase la rebeldía procesal, y no solicitar se expidiera la correspondiente comisión rogatoria (Sentencia de 3-7-1996), y sin dejar de lado el indudable interés de defenderse la revisionista en una cuestión tan trascendental y de notorio interés familiar, como es la guardia y custodia de los hijos comunes.

5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

1. *Concesión de exequátur a la sentencia de divorcio de dos españoles dictada en Venezuela al no existir razones para considerar que la competencia judicial internacional de los tribunales de Venezuela haya sido buscada fraudulentamente por las partes.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Auto de 18 de septiembre de 2001.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María Cruz formuló demanda de exequátur de la sentencia de fecha 18 de diciembre de 1979, dictada por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda en Caracas, República de Venezuela, por la que se pronunció el divorcio de común acuerdo entre su representada y D. Celestino, disolviendo el matrimonio que contrajeron civilmente en el Departamento Libertador del Distrito Federal, República de Venezuela, el 17 de agosto de 1972.
- Con posterioridad, los mismos esposos contrajeron matrimonio canónico en Baruta (Estado Miranda), República de Venezuela, el 26 de agosto de 1972, que fue inscrito en el Registro Civil español.
- Los contrayentes eran ambos españoles y residentes en la República de Venezuela; al tiempo de promover el juicio de divorcio ante la jurisdicción venezolana, conservaban su nacionalidad y eran residentes en la República de Venezuela; cuando pidió justicia a esta Sala, la solicitante era española y residente en España.
- Se han aportado los documentos siguientes: copia apostillada de la ejecutoria cuyo reconocimiento se pretende, con expresión de su firmeza; certificado de inscripción del matrimonio canónicamente celebrado en la República de Venezuela en el Registro Civil español.
- El Ministerio Fiscal, en Informe de fecha 6 de julio último, dijo que “...no se opone a la pretensión de la parte actora”.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No habiendo tratado con la República de Venezuela en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, debe aplicarse el régimen general del artículo 954 de la LEC (de 3 de febrero de 1881) ya que no está acreditada la reciprocidad negativa (art. 953 de la citada Ley).

Resulta probada la firmeza de la sentencia, según la ley del Estado de origen; la firmeza de la sentencia, cuyo exequátur se pretende, viene exigida, 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, está acreditado que el divorcio se promovió de común acuerdo por los cónyuges, que intervinieron en el proceso.

Por lo que interesa al requisito 3.º del precitado artículo 954, no puede desconocerse que los esposos D.^a María Cruz y D. Celestino celebraron dos veces su matrimonio, en la República de Venezuela, en forma

civil y canónica, y en fechas 17 y 26 de agosto de 1972. Esta Sala ha venido siguiendo el criterio, sentado en casos similares, de que dicha circunstancia no ha de impedir que la disolución del vínculo decretado por la sentencia de divorcio alcance a los efectos civiles del segundo matrimonio celebrado en forma canónica, cuando, como es el caso, la proximidad de las fechas de celebración de uno y otro y, en su caso, la legislación a la sazón vigente en el ordenamiento interno al tiempo de su celebración, permita afirmar cabalmente la existencia de un negocio jurídico bajo diferentes formas de celebración (*vid.* AATS 11-2-1997, 20-5-1997, 13-10-1998, 13-4-1999, 4-5-1999, 25-5-1999, 8-6-1999, 29-6-1999, 6-7-1999, 19-9-2000, 28-11-2000 y 20-3-2001 entre otros); todo ello sin perjuicio de que, a la hora de llevar a cabo los actos de ejecución impropia de la sentencia, particularmente su inscripción en el Registro Civil proceda hacer las cancelaciones o anotaciones pertinentes, con el fin de organizar la mecánica registral.

La autenticidad de la resolución, según exige el artículo 954.4.º, está garantizada por la apostilla con la que se ha diligenciado y tal y como obra en autos.

No hay razón para considerar que la competencia judicial internacional de los Tribunales de la República de Venezuela haya nacido de las partes en busca fraudulenta de un foro de conveniencia (artículos 6.º 4 Código Civil y 11.2 de la LOPJ); el artículo 22.2 y 3 de la LOPJ no establece foros de competencia exclusiva, lo que sí hace el artículo 22.1 de la misma Ley Orgánica, pero sin que en el presente caso concurran ninguno de los foros determinantes de ella en favor de los tribunales españoles; por el contrario, hay conexiones que no pueden desconocerse, como es el domicilio de los cónyuges en la República de Venezuela al tiempo de promoverse el juicio de divorcio ante la jurisdicción venezolana y el lugar de celebración del matrimonio, razones éstas que permiten considerar fundada la competencia de los Tribunales 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 de una sentencia de divorcio dictada en Cuba al no haberse salvaguardado suficientemente las garantías de audiencia y defensa en el proceso de origen porque la citación al esposo se hizo por edictos y la sentencia fue dictada en rebeldía sin haberse demostrado por la parte solicitante del exequátur que la ausencia de la otra parte al proceso fue por mera conveniencia, convicción o por causa voluntaria.*

Tribunal supremo, Sala 1.ª, Auto de 18 de septiembre de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Rosa formuló demanda de exequátur de la sentencia de fecha 5 de junio de 1945, dictada por el Tribunal Municipal Popular de La Habana Vieja,

República de Cuba, por la que se decretaba el divorcio entre D. José y D.^a Aurora (primera esposa de D. José María).

- El matrimonio disuelto había sido celebrado en Puerto Padre (Las Tunas), República de Cuba, el 8 de febrero de 1926 e inscrito en el Registro Civil español.
- Los contrayentes eran ambos españoles al tiempo de promover el juicio de divorcio ante la jurisdicción cubana, la esposa residía en Cuba, siendo de ignorado domicilio el esposo, a quien se declaró en rebeldía en el juicio de origen. Cuando se presentó el exequátur, la solicitante (segunda esposa de D. José María) era española y residente en España.
- Se han aportado, entre otros, los documentos siguientes: copia legalizada de la ejecutoria cuyo reconocimiento se pretende; certificado del Registro Civil español de inscripción de matrimonio.
- Citados y emplazados conforme a derecho en las presentes actuaciones D. José y D.^a Aurora, así como las demás personas que pudieran ostentar un interés legítimo en el presente procedimiento de exequátur, por medio de edictos publicados en el BOE número 122 de fecha 22 de mayo de 1999, los mismos no comparecieron en las presentes actuaciones.
- El Ministerio Fiscal dijo que no se oponía al exequátur.
- El Tribunal Supremo no otorgó el exequátur.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se solicita el exequátur de la sentencia de divorcio de fecha 5 de abril de 1945 dictada por el Tribunal Municipal Popular de la Habana Vieja, República de Cuba, solicitud que ha de examinarse.

El exequátur presentado tiene su fundamento en la necesidad de ordenar el tracto registral para lograr la inscripción del matrimonio de la solicitante, siendo de aplicación los arts. 951 y siguientes de la LEC de 1881 habida cuenta de la inexistencia de norma convencional *ad hoc* que venga en aplicación, y toda vez que no ha quedado acreditada la reciprocidad negativa.

Resulta probada la firmeza de la sentencia según la ley del Estado de origen; la firmeza de la sentencia cuyo exequátur se pretende, viene exigida, cualquiera que sea el régimen de reconocimiento, por el artículo

951 de la LEC de 1881 —que sobre este extremo, no es únicamente atinente al régimen convencional, si se lee junto con los preceptos siguientes— y reiterada doctrina de esta Sala.

El requisito 1.º del art. 954 de la LEC de 1881 ha de entenderse cumplido habida cuenta de la naturaleza personal de la acción de divorcio.

Es en el examen del cumplimiento de las garantías de audiencia y defensa en el procedimiento de origen en donde la Sala ha de prestar una mayor atención, vistas las circunstancias del caso, al objeto de acreditar si ha existido o no vulneración de tales derechos. Ante tal requisito, que se dirige a evitar la producción de efectos de sentencias recaídas en procedimientos en los que el demandado no ha comparecido y, por lo tanto,

no ha podido hacer valer en él sus derechos de defensa con la debida extensión, esta Sala ha diferenciado los posibles tipos de rebeldía en función de las diferentes causas a que obedece la incomparecencia, y así ha distinguido los casos en que el demandado, debidamente citado y emplazado —es decir, regularmente, conforme a la ley rectora del procedimiento, y en tiempo útil para defenderse—, no comparece voluntariamente, ya sea porque no reconoce la competencia del Juez de origen, ya sea porque no le conviene o, simplemente, porque deja transcurrir los plazos para la personación, de aquellos otros en los que la falta de presencia se debe al desconocimiento de la existencia del proceso, tipo de rebeldía éste, que por lo que representa para el adecuado respeto de los derechos de defensa, se erige en un obstáculo para el reconocimiento de la sentencia extranjera (AATS 28-10-1997, 23-12-1997, 17-2-1998, 7-4-1998, 2-2-1999, 22-6-1999, 7-9-1999, 28-9-1999, 16-5-2000, 3-10-2000, 23-1-2001, 27-3-2001, 10-4-2001 y 24-4-2001 entre otros). En el presente caso, de los términos de la ejecutoria y de la documentación que se ha aportado a los autos a requerimiento de esta Sala, resulta que el demandado fue citado y emplazado para comparecer en el juicio de origen a través de edictos, no habiéndose personado en dicho procedimiento. Este modo de proceder, no obstante su eventual regularidad conforme a la ley del Estado de origen, no puede cabalmente reputarse bastante para salvaguardar los derechos de defensa de la parte demandada desde el punto de vista del orden público procesal, que en su configuración actual dentro del proceso de homologación de resoluciones extranjeras posee un contenido netamente constitucional que entronca, en

este aspecto, con los derechos y garantías procesales consagrados en el art. 24 de la CE. Y así, el Tribunal Constitucional recuerda incesantemente la naturaleza subsidiaria, supletoria y excepcional que tiene el remedio edictal en el orden interno español, incapaz, por ello, de enervar la denuncia de la vulneración del derecho a la tutela judicial, que comienza por el derecho a acceder al proceso con la subsiguiente proscripción de la indefensión (cfr. SSTC 26/1999, 34/1999, 219/1999, 12/2000, 65/2000, 232/2000, 254/2000, 268/2000, 42/2001 y 77/2001, entre otras). Sobre esta base, a la vista de la documentación aportada por la parte solicitante del exequátur, se advierte, pues, que la Sentencia pronunciada por el Tribunal cubano ha sido dictada en rebeldía, sin que aquélla haya acreditado, ante semejante circunstancia, y como le incumbía, que la parte demandada, tuvo o pudo tener, por cualquier medio, cabal conocimiento del procedimiento seguido contra ella en el Estado de origen y que su ausencia fue por mera conveniencia, convicción, o por causa meramente voluntaria, únicos casos que no supondrían obstáculo para el otorgamiento del reconocimiento y declaración de ejecutoriedad instada; circunstancia ésta que motiva que la petición de exequátur no deba prosperar, no obstante —se insiste— la posible regularidad de los actos de comunicación realizados en el procedimiento de origen, ya conforme a la exigencia del art. 954.2.º de la LEC de 1881, ya por virtud del obligado respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales que conforman el contenido del orden público en su aspecto procesal, presupuesto también recogido en el ordinal 3.º del mismo artículo.

3. *Admisibilidad de que se cursen directamente, por medio de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados contratantes, las notificaciones de los documentos judiciales, siempre que el destinatario de la comunicación sea un nacional del Estado de origen.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Auto de 25 de septiembre de 2001.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- Por providencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2001, se acordó: “citar y emplazar en las presentes actuaciones a D.^a Sebastiana, cuyo domicilio conocido es 15 Rue Pierret, Le Puy en Velay 43000-Francia, por medio de la Autoridad francesa (Tribunal de Instancia Mayor de Le Puy en Velay), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.^o, 3.^o y 18.^o del Convenio de La Haya XIV, sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil de 15 de noviembre de 1965, y el Acuerdo firmado en Bruselas el 29 de noviembre de 1996 (BOE de 28-2-1997), librándose la oportuna Comisión Rogatoria acompañada de copia del escrito de demanda de exequátur y de la sentencia por reconocer, así como la correspondiente cédula de citación y emplazamiento...”.
- Contra dicha resolución se interpuso, en tiempo y forma, recurso de reposición por la representación procesal de D. Antonio, solicitando que se dejara sin efecto la citada resolución y se acordara “librar atento oficio al Consulado de España en Lyon..., a fin de que por el Funcionario competente se proceda a notificar la demanda y demás actuaciones a D.^a Sebastiana...”.
- Oído el Ministerio Fiscal, el mismo emitió informe en fecha 28 de junio de 2001, y dijo que “...el recurso de reposición debe ser desestimado”.
- El Tribunal Supremo estimó el recurso de reposición acordando en su lugar lo siguiente: “Cítese y emplácese para ser oída en las presentes actuaciones a D.^a Sebastiana, cuyo domicilio conocido es 15 Rue Pierret, Le Puy en Velay, 43000 Francia, por vía del Consulado General de España en Lyon (1, rue Louis Guerin, 69100 Villeurbanne), acompañándose copia auténtica de la demanda de exequátur, de la documentación aportada y de la presente resolución, haciéndole saber que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 956 de la LEC, podrá personarse en el presente procedimiento en el plazo de treinta días, a los fines de ser oída en el mismo”.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Contra el pronunciamiento contenido en la Providencia de fecha 24 de abril de 2001 por el que se acordaba citar y emplazar en las presentes actuaciones a D.^a Sebastiana por medio de la Autoridad francesa (Tribunal de Instancia Mayor de Le Puy en Velay), de conformidad con lo dispuesto en los arts. 2.^o, 3.^o y 18.^o del Convenio de La Haya (núm. XIV) relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, de 15 de noviembre de 1965, y el Acuerdo firmado en Bruselas el 29 de noviembre de 1996 (BOE de 28-2-1997), interpone recurso de reposición la parte solicitante del exequátur al objeto de que la citación y el emplazamiento de la demandada se lleve a efecto por vía del Consulado de España en Lyon, de conformidad con lo dispuesto en el art. 300 de la LEC de 1881, art. 8 del Convenio XIV de La Haya y art. 2 del Acuerdo entre España y Francia, de fecha 19 de febrero de 1962, adicional al Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil.

Planteado así el objeto del recurso, señala el Tribunal Supremo, no cabe sino estimarlo porque, aun cuando esta Sala viene acordan-

do de manera constante que la citación y el emplazamiento de la parte demandada en el exequátur, en aquellos supuestos en los que sea de aplicación el Convenio XIV de La Haya, se lleve a efecto, para garantizar una mayor efectividad de la recepción, por medio de la autoridad central del Estado requerido, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 2.^o, 3.^o y 18.^o de la referida norma convencional, el art. 8.^o de dicho Convenio prevé la posibilidad de que se cursen directamente, por medio de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados contratantes, las notificaciones o los traslados de los documentos judiciales, con la única excepción —no aplicable en el caso examinado habida cuenta la nacionalidad que ostenta la parte contra quien se dirige el exequátur— de que el Estado requerido, mediante la oportuna declaración, se opusiera a la utilización de esa facultad dentro de su territorio, en los supuestos en los que el destinatario de la comunicación no fuera un nacional del Estado de origen. Posibilidad ésta que, por demás, contempla el art. 13 del Reglamento CE núm. 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, a la que Francia no ha opuesto objeción alguna.

4. *No concesión de exequátur a la transacción judicial alcanzada por las partes para liquidar la sociedad de gananciales y partir la herencia, ya que su reconocimiento debe efectuarse por vía del art. 323 de la nueva LEC.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Auto de 25 de septiembre de 2001.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Isabel María formuló demanda de exequátur de la sentencia de fecha 14 de enero de 1997, dictada por el Tribunal de Primera Instancia, Sala Supe-

rior de Carolina, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, por la que se aprobaba la estipulación referente a liquidación de sociedad de bienes gananciales y partición de herencia del causante D. Abelardo.

- Se han aportado, entre otros: copia autenticada y apostillada de la sentencia de fecha 14 de enero de 1997 y certificado acreditativo de su firmeza; estipulación sobre liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia de fecha 1 de marzo de 1996.
- El Ministerio Fiscal, en Informe de fecha 28 de mayo de 2001, dijo que “...de acuerdo con lo dispuesto en el art. 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que procede denegar el reconocimiento y ejecución de dichas resoluciones ya que esa Sala ha venido denegando reiteradamente, así en Auto de 18-7-2000 y los que en él se citan, la denegación del exequátur a las actas de jurisdicción voluntaria, desplazando la cuestión de la homologación de estas resoluciones al reconocimiento por vía incidental, por el órgano o autoridad ante la cual quieran hacerse valer”.
- El Tribunal Supremo denegó el exequátur.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

A falta de específico tratado con el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, o de cualquier otro sobre la materia en el que tanto éste como España sean partes y las resoluciones de uno y otro Estado estén sujetas a sus disposiciones, el reconocimiento y declaración de ejecutoriedad —en la medida en que ésta sea posible— que se solicita de la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia, Sala Superior de Carolina, Puerto Rico, debe examinarse a la luz de lo establecido en los arts. 952 y ss. de la LEC de 1881 —aplicable al caso conforme a lo ordenado por el art. 2 de la LEC 1/2000, de 7 de enero, y en sus Disposiciones Transitorias, así como, en cualquier caso, conforme a lo establecido en la Disposición Derogatoria Única, 1.3.^a de la misma Ley—, y, en general, atendiendo a los principios rectores en materia de homologación de los efectos de las decisiones recaídas en el extranjero.

No es fácil, dada la documentación aportada, y habida cuenta de los pocos términos de la resolución que se presenta, determinar con precisión la naturaleza jurídica del acto

a que se refiere. Acaso la forma en que aparentemente quedó constituida la litis y el objeto del asunto que se sometió al examen judicial, unido a las previsiones de recurso contra la resolución aconsejen considerar a éste como contencioso, y no meramente de jurisdicción voluntaria, en la medida en que la intervención del órgano jurisdiccional viene motivada por la confrontación de los intereses de las partes intervinientes, y no, por tanto, por constituir una exigencia derivada de las propias previsiones de la norma, como un elemento normativo ya se oriente la intervención judicial a recibir las declaraciones de voluntad privadas, a modo de requisito formal para la validez del acto, ya se dirija a interpretar y aplicar la ley al caso que se le somete, otorgando efectos constitutivos, atributivos de derechos para los intervinientes, o simplemente homologadores de derechos ya preexistentes. La cuestión en sede de exequátur tiene singular importancia, pues es distinto el sistema de reconocimiento —procesal o material o conflictual— que debe observarse según se trate de

actos de una y otra naturaleza, y diferente también, como consecuencia de ello, el órgano encargado de examinar la concurrencia de los presupuestos precisos para esa homologación y el momento y forma en que debe verificarse su control.

Ahora bien, aun caracterizando el asunto como contencioso, la simple lectura de los términos de la resolución de cuyo reconocimiento se trata pone de manifiesto que entre los intervinientes en el proceso de origen medió un acuerdo, que expresamente se califica de transaccional, y que, tras ser aprobado por el Tribunal por encontrarlo ajustado a Derecho, determina la finalización del juicio mediante sentencia dictada de conformidad con los términos y condiciones de dicho acuerdo, que aparece unido a la ejecutoria por reconocer. Se está, por tanto, ante una transacción judicial recogida en el documento que se presenta, y cuyos efectos —seguramente los registrales, en primer término— se pretenden hacer valer en España.

Ya se ha dicho que no existe Convenio general o singular, multilateral o bilateral, aplicable al caso y bajo cuyo régimen pudiera examinarse la procedencia del reconocimiento de una transacción judicial acordada ante un tribunal puertorriqueño. A falta de Convenio pues, se debe comprobar si procede el exequátur dentro del procedimiento y conforme a los presupuestos que establecen los arts. 952 y siguientes de la LEC que invoca la solicitante. La cuestión pasa, ante todo, por determinar si a los efectos del reconocimiento deben asimilarse las transacciones judiciales a las sentencias firmes, de tal modo que se pueda extender a aquéllas el régimen legal de homologación previsto pa-

ra éstas. Ciertamente, el art. 1816 del CC atribuye a la transacción —y limitados a las partes en litigio— los efectos de cosa juzgada, a los que se suma el efecto ejecutivo, tratándose de la transacción judicial; lo cual ha de entenderse sin menoscabo de otros distintos efectos —el registral, el de tipicidad...— que eventualmente pudieran derivarse de ella. A ese efecto —autoridad, en los términos del precepto citado— de cosa juzgada es consustancial la intangibilidad e invariabilidad de los términos de la transacción, además de su efecto prejudicial o vinculante. Ahora bien, la eficacia de cosa juzgada inherente a ella no es plenamente equiparable a la propia de las sentencias firmes, tal y como esta Sala ha advertido en múltiples ocasiones, habida cuenta de su base negocial y de la posibilidad legal de impugnar la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos. Siendo así que, en opinión más autorizada, se trata de una institución sometida a las normas de derecho material que a la vez es integrante de un pacto procesal, y que, como tal, se encuentra sometida a las disposiciones que regulan la materia contractual, parece más adecuado, a efectos de reconocimiento diferenciar las transacciones judiciales de las sentencias firmes, y, en consecuencia, no someterlas al sistema y régimen de homologación establecido en el derecho autónomo. Por el contrario, dada su caracterización, el reconocimiento de sus efectos se aproxima más al de los documentos públicos extranjeros, lo que desplaza el control de los presupuestos a los que se subordina a su examen incidental por parte de aquél ante quien se quieran hacer valer, ya conforme a lo que dispone el art. 323 de la nueva Ley ritaria.

6. PENAL

1. *Condena por un delito de abandono de menores a la madre que deja solo en casa a un hijo de 23 meses, sin que tenga virtualidad alguna la alegación de que pensaba que lo cuidaría una hermana mayor, pues no dejó al menor con una delegación concreta sino que lo hizo sin confiarlo expresamente a ninguna persona mayor.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Estrella y su hija M.ª del Carmen, ambas mayores de edad, en la mañana del día 27 de enero de 1997, como habían realizado al menos en otra ocasión, el 14 de diciembre de 1996, salieron del domicilio en el que vivían sito en Alcalá de Henares, dejando solo en su interior al menor Juan, de 23 meses de edad, hijo y hermano, respectivamente, de las indicadas anteriormente.
- Sobre las 13,30 horas del mencionado día 27 acudieron al domicilio precedentemente referido funcionarios del Grupo de Atención al ciudadano que habían sido avisados por los vecinos, los cuales hallaron abierta la puerta de la casa y al niño en el rellano de la escalera, con riesgo de caerse por los huecos de la barandilla, escasamente vestido, hambriento y en malas condiciones higiénicas. Trasladado al “Hospital Universitario P.” tuvo que ser lavado y desparasitado, siendo inicialmente diagnosticado por el Dr. R. como objeto de “maltrato infantil por omisión de cuidados”.
- Por el Instituto del Menor de la Comunidad de Madrid, en fecha 28 de enero de 1997, se ha declarado la situación de desamparo del menor, asumiendo la tutela del mismo la Comisión de Tutela del Menor; iniciándose expediente de constitución de tutela.
- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Alcalá instruyó sumario 211/1997 contra Estrella y Carmen, por delito de abandono de menor, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 20 de abril de 1999 dictó sentencia condenando a las acusadas Estrella y M.ª Carmen como autoras criminalmente responsables de un delito de abando-

no temporal de menor, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de siete años, a la primera, y seis meses de prisión a M.^a Carmen, ambas con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago por mitad de las costas procesales.

- D.^a Estrella y M.^a Carmen interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Sostiene la madre del menor, D.^a Estrella, que se ha vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia argumentando que “ha quedado probado en todo momento que la madre no abandonó, sino que lo dejó al cuidado de una mayor de edad”, en referencia a su hija, hermana del menor, también condenada por los hechos en la sentencia.

El tipo penal de abandono de menor de edad es un delito cuyo bien jurídico trata de proteger al menor al que debe dispensarse los cuidados necesarios que requiere y que aparecen relacionados en la legislación protectora sobre el menor, básicamente recogidas en el Código Civil y la ley de protección jurídica del menor. La conducta típica consiste en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación de desamparo, concepto normativo del tipo penal, aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refieren tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de los padres o guardadores. El Código Civil, en su art. 172, refiere la situación de

desamparo a la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Esta situación de desamparo ya supone un riesgo para el menor por lo que el ordenamiento jurídico protector de la infancia dispone medidas de protección mediante intervenciones de carácter administrativo que las leyes protectoras regulan y los profesionales de los servicios sociales han de aplicar.

El abandono en los términos señalados supone una acción u omisión, provocadora de la situación de desamparo. Cuando esa situación es provocada y alcanza una singular relevancia la conducta se subsume en el tipo penal del abandono, arts. 229 y 230, tipicidad compatible con las medidas administrativas pues en tanto las autoridades administrativas adaptan medidas de protección del menor, constituyendo éste el objeto de su actuación, el Código penal interviene para reprochar una conducta provocadora de la situación de desamparo. Cuando el riesgo aparece concretado en una situación de peligro para un bien jurídico del menor, como pudiera ser el recogido en el hecho probado, podremos encontrarnos con un delito intentado que, en este caso, no ha sido

objeto de acusación. El hecho descrito en el relato fáctico es claro en la descripción de una situación de riesgo para el menor que fue abandonado a su suerte.

Los recurrentes no discuten el presupuesto típico del delito de abandono temporal. Su concurrencia aparece probada por las periciales realizadas y las testificales de quienes asistieron al menor. Así resulta que el menor, de 23 meses de edad, se encontraba en el rellano de la escalera, desnudo, hambriento y en deplorables condiciones higiénicas, siendo diagnosticado por los médicos de maltrato infantil por omisión de cuidados. Concorre, pues, la situación de abandono y la situación de riesgo inminente derivado de la conducta de las acusadas.

Argumenta la recurrente, madre del niño, que no abandonó a su hijo sino que lo dejó al cuidado de su hija mayor de edad y también condenada por los hechos. Esa argumentación se desvanece a la vista del acta del juicio oral. Allí consta que la propia recurrente, por quien se interpone este motivo, afirma que dejó al menor pensando que se iba a quedar con su hermana, y ésta que pensó que otro hermano se quedaba en casa. De lo que resulta que no dejó al menor con una delegación concreta sino que lo dejó sin confiarlo expresamente. De sus manifestaciones, unido al hecho que la coacusada, a quien manifiesta haber entregado su custodia, presentaba una adicción grave a sustancias estupefacientes e incapacitada para el cuidado de sus propios hijos respecto a los que había cedido la guarda y custodia a la Comunidad de Madrid, resulta la acreditación del abandono pues no se cercioró de la delegación en el cuidado del menor y de haberlo hecho en su hija sabía que los órganos encargados de la protección a la infancia de la Comunidad Autónoma la había retirado la custodia de sus hijos por lo que aparecía como incapacitada para la guarda encomendada.

Con relación a la otra acusada, Carmen, la conducta típica queda acreditada por sus propias declaraciones que actuó con inobservancia de los cuidados que el menor requiere al marcharse de la casa con abandono a su suerte del menor sin comprobar la presencia de un hermano que lo atendiera. En definitiva, se despreocupó del menor colocándolo, como ya había realizado en otra ocasión, en situación de abandono.

Constatada la existencia de una actividad probatoria, el motivo se desestima.

En el segundo motivo, formalizado al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia el error de hecho en la valoración de la prueba. Sin designar ningún documento, salvo una genérica remisión “a las declaraciones de los médicos”, pretende que se declare la concurrencia de una circunstancia de exención, o exención incompleta a causa de la drogadicción.

El motivo se desestima. Los recurrentes no designan ningún particular de ningún documento con eficacia en la acreditación de un error en la valoración de la prueba. Es cierto que en los autos se afirma la condición de consumidoras de sustancias tóxicas, y ella lo afirma en sus declaraciones, pero no se ha practicado ninguna pericial que acredite el presupuesto psicológico de la exención, completa o incompleta, que no sólo requiere un presupuesto biológico, también debe concurrir un presupuesto psicológico de tal intensidad que le imposibilite comprender la licitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión para la exención completa, o una afectación importante de esa comprensión, para la incompleta.

Ninguno de los documentos de la causa permite afirmar ese presupuesto por lo que el motivo se desestima.

No obstante lo cual la sentencia tiene en cuenta la situación de adicción en la individualización de la pena.

7. INCAPACIDAD

1. *Necesidad de que la Audiencia Provincial practique el reconocimiento de la presunta incapaz antes de declarar la incapacidad total cuando en la sentencia de instancia solo se declaró parcial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2001.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- El Ministerio Fiscal promovió demanda de menor cuantía contra D.ª Carmen, sobre declaración de incapacidad.
- Admitida a trámite la demanda, se personó en autos la demandada solicitando la desestimación de la demanda. En dichos autos se nombró como defensor judicial a D. Vicente que solicitaba se dicte sentencia conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Vigo dictó sentencia el 30 de enero de 1995 declarando la incapacidad de D.ª Carmen solamente en el aspecto de disposiciones de los bienes por actos intervivos en las cantidades que superen las ciento cincuenta mil pesetas mensuales, o de enajenación contractual por cantidad superior a aquella; para el supuesto de decidir algún acto de ese tipo que supere aquella cifra, deberá solicitar la consiguiente autorización de la Autoridad Judicial. Igualmente, nombró tutor a D. Basilio, que podrá utilizar el poder dentro de aquellos límites, y que tendrá que presentar el inventario legalmente exigible.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia el 6 de mayo de 1996 estimando el recurso interpuesto por el defensor judicial en el sentido de declarar que la incapacidad de D.ª Carmen es total y que debe ser nombrado tutor en el momento y por el procedimiento conforme a Derecho en ejecución, dejando sin efecto el nombramiento hecho en la apelada, dejando sin perjuicio de su reiterabilidad, en su caso, todo sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias.
- D.ª Carmen interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que acordó que se repusiesen las actuaciones al estado y momen-

to anterior al pronunciamiento de la sentencia de 2.^a Instancia para que se practique el examen personal de la demandada.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Denuncia la recurrente la omisión de la garantía procesal que supone el examen del presunto incapaz, del que ha prescindido el Tribunal de instancia, pese a lo cual, con revocación de la sentencia del Juzgado, agravó la situación de la demandada, ahora recurrente, declarando su incapacidad total. Igualmente señala que al prescindirse de la garantía que supone el reconocimiento por el Tribunal de la presunta incapaz, se ha generado evidente indefensión para la misma.

Así pues, el tema fundamental de debate en esta vía casacional, cual es el de determinar si la exigencia de examinar por sí mismo al presunto incapaz que contenía el artículo 208 del Código Civil alcanzaba únicamente al Juez —como literalmente expresaba el precepto— o se extendía también al Tribunal de apelación.

La cuestión ha sido abordada por una extensa serie de resoluciones de la Sala 1.^a del TS, entre las que cabe mencionar las de 10 de febrero de 1986, 20 de febrero y 12 de junio de 1989, 20 de marzo y 31 de diciembre de 1991, 22 de julio de 1993, 30 de diciembre de 1995 y —ya en fecha posterior a la que es objeto de recurso— 9 de junio de 1997 y 16 de marzo de 2001. A través de ellas se ha establecido una doctrina consolidada respecto a los siguientes extremos:

A) El artículo 208 del Código Civil (actualmente derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, pero cuyo contenido ha sido sustancialmente incorporado al artículo 759 de la misma) tenía su antecedente histórico en el artículo 216 de dicho Código, el cual, en su redacción anterior a la reforma operada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, imponía a los Tribunales, sin distinción, la precisión de examinar por sí mismos al denunciado co-

mo incapaz, antes de declarar su incapacidad.

B) Este elemento interpretativo ha de entenderse reforzado por el hecho de que el precepto tenía alcance constitucional, pues al referirse a litigios en que se impugnaba la presunción legal de capacidad de obrar que a todas las personas mayores de edad reconoce el artículo 322 del Código Civil afectaba al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, proclamado por el artículo 10 de la Constitución española.

C) En consecuencia, el examen o inspección personal del demandado, constituye, de una parte, un valioso dato probatorio y, sobre todo, una garantía en prevención de abusos y maquinaciones, y, en otro aspecto, una importante ayuda al pronunciamiento de meditadas decisiones constitutivas en una materia que no se halla estrictamente reservada a la Medicina o la Psiquiatría, sino que presenta carácter multidisciplinar y ha de tener en cuenta criterios sociales carentes de rigurosa fijación.

D) Por todo ello, puede afirmarse que la norma de que se trata recae sobre materia de orden público, cuya conculcación tendría que ser examinada incluso de oficio, como imponen los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como resume la sentencia de 9 de junio de 1997 el examen personal del presunto incapaz constituye un ineludible deber de alcance constitucional que se aplica no solo al Juez, sino, aun cuando literalmente no lo diga el artículo 208 del Código Civil al Tribunal que declara el estado civil de incapacitación, el cual puede formar una opinión distinta a la del Juez, pero no sin haber examinado al demandado si considera que debe declarar su incapacidad o, como en el pre-

sente supuesto sucede, si entiende que ha de incrementar la gradación de la misma, convirtiendo en total la que el Juzgador de primera instancia había considerado únicamente parcial.

El Tribunal Supremo acoge los motivos objeto de consideración y aplicando lo dis-

puesto en el artículo 1715.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dar lugar al recurso de casación y mandar reponer las actuaciones al momento anterior a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, la cual deberá practicar el examen personal de la demandada, antes de dictar una nueva.

8. CUESTIONES FISCALES

1. *Las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal gozan de exención en el ITP, y ello se refiere a todos los actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherente al régimen económico conyugal, siendo esta tesis, de otra parte, la mantenida para todo tipo de aportación de bienes. No obstante, cualquier transmisión o donación efectuada entre cónyuges se encuentra sometida a tributación ordinaria, sin gozar de exención, pues esas operaciones son ajenas, como tales, a todo acto de aportación al régimen económico matrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sentencia de 2 de octubre de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Rouanet Moscardó.

ANÁLISIS DEL CASO

- Mediante escritura pública de 25 de marzo de 1995, D. Felipe aportó a la sociedad de gananciales de su matrimonio un local “sin perjuicio del reintegro de su valor en la liquidación de la sociedad conyugal”.
- Si bien inicialmente se giró liquidación del ITP, se estimó la reclamación económica administrativa promovida por la esposa de D. Felipe.
- El 20 de octubre de 1999, la Sec. 3.ª Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia “desestimando el recurso contencioso administrativo deducido por el Consello de la Xunta de Galicia contra Acuerdo de 13-8-1997 estimatorio de

Reclamación núm. 36/152/1996 contra otro de la Delegación de Pontevedra de la Consellería de Economía e Facenda sobre liquidación por Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dictado por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Galicia. Sin imposición de costas”.

- Contra la citada sentencia la representación procesal de la Xunta de Galicia interpuso, en plazo, directamente, ante esta Sala, el presente recurso de casación en interés de la Ley que ha sido tramitado conforme a las prescripciones legales; y, formalizados por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal, respectivamente, sus alegaciones y su informe, se señaló, por su turno, para votación y fallo, la audiencia del día 26 de septiembre de 2001, fecha en la que ha tenido lugar dicha actuación procesal.
- El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de instancia, que ha desestimado el recurso contencioso administrativo se funda, en síntesis en los siguientes argumentos:

a) El Consello de la Xunta de Galicia, en relación con el alcance del ámbito de aplicación de la “exención” establecida en el artículo 48.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, regulador del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (“están exentas las ‘aportaciones’ de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal”), entiende que dicha exención no es reconocible a toda aportación de bienes o derechos privativos de los cónyuges al patrimonio ganancial, pues tal exención sólo podía estar pensada para las aportaciones que, en aquel momento, el año 1980, eran posibles, es decir, las de los bienes propios del marido y los dotales y parafernales de la mujer (artículos 1336, 1381 y 1396 del Código Civil), pero no era aplicable a las aportaciones a la sociedad de gananciales de bienes propios de alguno de los cónyuges con el resultado de su conversión en bienes gananciales, ya que tales aportaciones eran inviables antes de la

reforma del CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Con dicha Ley desaparecieron las categorías de bienes dotales y parafernales y, al definir los bienes propios de los cónyuges se prescindió de toda referencia a su aportación al matrimonio, de suerte que, si bien el uso del término “aportaciones” en el citado artículo 48 del Real Decreto Legislativo 3050/1980 era coherente con el sistema civil hasta entonces vigente, tras el cambio legislativo introducido por la Ley 11/1981, carecía de sentido la comentada exención, no siendo, ya, aplicable a las aportaciones de bienes privativos para convertirlos en gananciales, pues tal operación sólo fue factible a partir de la mencionada reforma del CC.

b) Si bien, antes de dicha Ley 11/1981, no era posible la aportación de bienes propios de los cónyuges a la sociedad de gananciales a efectos de que se convirtiesen en bienes de tal naturaleza ganancial, tal factibilidad venía reconocida por distintos Derechos Forales o propios, actualmente, de las Comunidades Autónomas, y, por ello, dada la generalidad del precepto que estamos comentando, podían acogerse a su ámbito tan-

to las aportaciones de bienes que según el Derecho Civil Común podían realizar los cónyuges a la sociedad conyugal antes de su constitución, como las aportaciones postmatrimoniales efectuadas en base a los indicados regímenes forales o especiales.

Y como, tras la Ley 11/1981, se posibilitó, en el régimen de Derecho Civil Común, las aportaciones constante matrimonio realizadas con aquella finalidad, es obvio que las mismas resultan beneficiadas por la cuestionada exención, sin necesidad de forzar la interpretación del precepto, cuya literalidad y su espíritu y finalidad son muy claras, pues, a tenor de los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del CC se llega a la coherente conclusión de que las transmisiones onerosas de bienes efectuadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, como es el caso, constituyen transmisiones “sujetas” al ITP, pero “exentas”, en la misma línea, por cierto, señalada en el vigente Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que reproduce los términos de tal exención.

El recurso de casación en interés de la Ley se basa, en esencia, en las siguientes consideraciones fáctico jurídicas:

A) El criterio sentado en la sentencia recurrida es “erróneo”, porque al entender que, cuando la norma habla de una exención aplicable a la “aportación” de bienes y derechos a la “sociedad conyugal”, está comprendiendo todo el proceso de transmisión o comunicación de bienes privativos de los cónyuges al patrimonio ganancial, cualquiera que sea el título o causa de la transmisión, se está atribuyendo al precepto un alcance nada acorde con su espíritu y finalidad.

El artículo 48 comentado intenta concretar los hechos imponderables que recoge mediante el uso del término preciso, como es el de “transmisiones”, “garantías”, “escrituras”, “actuaciones”, “resoluciones”, etc., hasta el punto de que en su número 7 se refiere a “transmisiones que se realicen como consecuencia de una aportación”, con lo

cual es difícilmente imaginable que la exención del número 3 sea aplicable a las “transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de bienes y derechos” señaladas en el artículo 7.I.A) del citado Texto.

B) Desde el punto de vista histórico, el artículo 2 del Decreto 21 de marzo de 1967 (Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes) declaraba sujetas al Impuesto “las aportaciones de ‘bienes dotales estimados’ hechas por la mujer a la sociedad conyugal... y las aportaciones hechas a la expresada sociedad por terceras personas”; y en el siguiente artículo 3 se declaraban exentas “las aportaciones de bienes hechas por el marido a la sociedad conyugal y las que realice la mujer en calidad de dote inestimada o de parafernales...”. En términos muy parecidos se manifestaba el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, aprobado por el Decreto 176/1959, de 15 de enero.

Con la reforma introducida por la Ley 41/1964, de 11 de junio, la mayor parte de los conceptos sometidos al citado Impuesto pasaba a integrarse en el nuevo ITP y AJD, desapareciendo, entre los sujetos, las aportaciones realizadas por la mujer en calidad de dote estimada; pero conservándose, en el artículo 146.16, la exención de “las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal...”. Subsistencia que se funda en la regulación que entonces hacía el CC con el fin de mantener la unidad de administración de los bienes del matrimonio, tanto los comunes como los privativos de los cónyuges, en manos del marido, recurriendo, para ello, a la figura de su “aportación al matrimonio”, aportación que no implicaba transmisión patrimonial de ningún tipo, salvo en lo relativo a los bienes de la dote estimada de la mujer.

Y es que la regulación del CC en esta materia, hasta las Leyes de 1975 y 1981, se distinguía por una serie de notas:

a) Libertad de pacto sobre el régimen económico del matrimonio, siempre que se

conviniere antes del mismo en escritura pública de capitulaciones matrimoniales.

b) Prohibición de modificación posterior de tal régimen.

c) Régimen supletorio legal de gananciales, en el que los cónyuges mantenían la propiedad de sus bienes privativos, haciéndose comunes las ganancias obtenidas durante el matrimonio.

d) Prohibición de donaciones y compraventas entre cónyuges durante el matrimonio.

e) Distinción, dentro de los bienes propios de la mujer, entre los dotales y los parafernales y, dentro de los primeros, entre los estimados (cuyo dominio se entendía transferido al marido, con obligación de restituir su importe a la disolución del matrimonio) y los inestimados, atribuyéndose al marido la administración de todos los bienes del matrimonio, excepto los parafernales (cuya administración retenía la mujer con limitaciones).

f) A los efectos de dicha unidad de administración, los bienes de uno y otro cónyuge eran objeto de “aportación a la sociedad conyugal”, como resulta de los entonces artículos 1336, 1381 y 1396 del CC.

C) Parece, pues, evidente que el mantenimiento de la exención sólo pretendía amparar las aportaciones limitadas recogidas en la legislación civil referida. Y, por eso, cuando el artículo 37.I.B).3 de la Ley 32/1980, de 21 de junio, reguladora del ITP y AJD, mantiene la exención para “las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal”, sólo puede estar pensada para las aportaciones que en ese momento eran posibles, es decir, las de los bienes propios del marido y los dotales inestimados y parafernales de la mujer (sin ser aplicable a las aportaciones a la sociedad de gananciales de bienes propios de alguno de los cónyuges con el resultado de su conversión en bienes gananciales, ya que estas aportaciones eran inviables antes

de la reforma introducida en el CC por la Ley 11/1981).

A partir de entonces sólo existen bienes propios de los cónyuges y bienes gananciales y, en relación con los primeros, se prescinde de toda alusión a su aportación al matrimonio, de modo que la exención carecía ya de sentido (no siendo aplicable, por tanto, a las aportaciones de bienes privativos de uno de los cónyuges para convertirlos en gananciales).

D) En conclusión, la tesis de la sentencia recurrida es gravemente dañosa para el interés general, pues, a partir de la Ley 11/1981, ya no cabían las aportaciones para las que estaba pensada la exención del artículo 48.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 3050/1980 (que eran aportaciones que no implicaban un desplazamiento dominical del bien de una persona a otra), y, si esas aportaciones ya no existen, la exención no puede aplicarse a la aportación de autos.

Y, si uno de los cónyuges conviene aportar bienes propios a la sociedad de gananciales, con la consecuencia de que dejan de ser de la titularidad del aportante, se está transmitiendo la propiedad de los mismos, y, aun cuando tal negocio está hoy permitido, no está prevista para él la aplicación normativa de exención alguna.

Y se postula, como doctrina legal, la de que “la exención establecida en el artículo 45.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD, no resulta aplicable a las transmisiones, sean a título oneroso o gratuito, de los bienes propios de los cónyuges a favor de la sociedad de gananciales”.

No obstante lo aducido por la Xunta recurrente, señala el Tribunal Supremo, y a pesar de la matización que al asunto objeto de controversia ha querido darle en la fórmula propuesta como doctrina legal aplicable al caso, no procede estimar el presente recurso casacional, habida cuenta que, como alega el Abogado del Estado e informa el Ministerio Fiscal, es evidente que:

A) Las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal gozan de exención en el ITP, a tenor de lo prescrito tanto en el artículo 48.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 3050/1980 como en el 45.I.B).3 del actual 1/1993.

Y ello se refiere a todos los actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherente al régimen económico conyugal.

B) Esta ha sido la tesis mantenida, para todo tipo de aportación de bienes, desde la entrada en vigor del Decreto ya citado, 1018/1967, de 6 de abril.

Antes del mismo, regía el Texto Refundido aprobado por el Decreto de 21 de marzo de 1958, cuyo artículo 2.XX sujetaba al Impuesto las Aportaciones de bienes dotales estimados hechas por la mujer a la sociedad conyugal; con la puntualización, en el artículo 3-A-28, de que gozaban de exención las aportaciones de bienes hechas por el marido a la sociedad conyugal y las que realice la mujer en calidad de dote inestimada y de parafernales.

El Reglamento aprobado por el Decreto de 15 de enero de 1959 decía, paralelamente, en su artículo 5.XX, que estaban sujetas al Impuesto las aportaciones de bienes dotales estimados, quedando exentas, según el artículo 6-A-28, las aportaciones de bienes hechas por el marido y las realizadas por la mujer en calidad de dote inestimada y de parafernales.

Es decir, en uno y otro Texto, sólo se sometían a tributación las aportaciones de la dote estimada, buscando, así, acomodarse a lo establecido en el artículo 1346.2 del CC (que señalaba que se transfería al marido el dominio de los bienes de la dote estimada —aunque, en realidad, sólo era deudor de su importe—).

En el Decreto 1018/1967, no se hacía referencia expresa, como acto sujeto, a las

aportaciones de los cónyuges a la sociedad económica conyugal, a la que, además, a los efectos de que se hace mención, no se la consideraba como sociedad propiamente dicha (saliendo, así, al paso de lo indicado en el artículo 1395 del CC cuando ordenaba la aplicación a la sociedad de gananciales, de modo subsidiario, de las reglas del contrato de sociedad).

Y, en el artículo 65.2.15 de dicho último Texto, se fijaba la exención de las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, de una manera generalizada, sin distinguir, ya, entre dote estimada e inestimada.

C) Desde entonces, pues, debe considerarse que gozan de exención todas las aportaciones de los cónyuges a la sociedad conyugal.

Y así se llega al artículo 48.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 3050/1980 y al precepto de igual apartado del actual artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/1993.

De modo y manera que el régimen de exención se da, no sólo después de la Ley 11/1981, reformadora del CC sino, con anterioridad, a partir del Decreto 1018/1967.

Lo acontecido desde la modificación entronizada en el CC por la Ley 11/1981 es que, en la actualidad, es factible otorgar capitulaciones matrimoniales antes y después del matrimonio (artículo 1326 del CC), por lo que toda aportación efectuada por los cónyuges al matrimonio, goza de exención, aunque se efectúe una vez celebrado el mismo, siempre que se trate de “verdaderos actos de aportación al régimen económico matrimonial”, es decir, como ya se indicó anteriormente, con la calidad de afección a todos los efectos económicos matrimoniales.

En la actualidad es viable que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar, entre sí, toda clase de contratos (a tenor de lo prescrito al efecto en los artículos 1323 y 1458 del CC).

9. SUCESIONES

1. *Estimación de la acción rescisoria por fraude de acreedores al acreditarse la existencia de una deuda anterior a las donaciones efectuadas por los padres en favor de los hijos sin haberse reservado bienes para subsistir los donantes, no exigiéndose por otro lado una insolvencia total en los deudores.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 10 de septiembre de 2001.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Juan Francisco suscribió “de conformidad”, el 21 de marzo de 1990 y el 16 de abril de 1990, las actas levantadas por la Inspección de los Tributos de la Diputación Foral de Guipúzcoa, por los siguientes importes: 1.378.366 ptas., 6.016.924 ptas., 2.493.418 ptas., tratándose de liquidaciones definitivas. Ante el impago de las mismas en los plazos establecidos, la actora procedió a su recaudación en vía ejecutiva, acumulándose el procedimiento de apremio iniciado frente a D. Juan Francisco en junio de 1990, para el cobro de otros débitos fiscales.
- Mediante escritura pública de 2 de septiembre de 1990, D. Juan Francisco y D.^a María donaron a sus hijos D. Juan Miguel y D.^a Ana Isabel: vivienda sita en Beasain; el usufructo vitalicio y la mitad indivisa de la nuda propiedad de un local sito también en Beasain; el usufructo vitalicio y la mitad indivisa de la nuda propiedad de otro local comercial; el usufructo y la mitad indivisa de la nuda propiedad de la finca indivisa de la nuda propiedad de un departamento desván bajo cubierta; el usufructo vitalicio y la mitad indivisa de la nuda propiedad de otro departamento desván bajo cubierta.
- Mediante otra escritura pública de fecha 25 de septiembre de 1990, D. Juan Francisco y su esposa donaron a sus hijos Juan Miguel y Ana Isabel una cuarta parte del 67,40% de la nuda propiedad de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Tolosa, edificio destinado a garaje y taller de reparaciones.
- Intentado el cobro de la deuda por la Excm. Diputación Foral de Guipúzcoa, únicamente pudo obtener la cantidad total de 13.382 ptas., procedentes

de cuentas corrientes que poseía el deudor en la Caja de Ahorros Municipal de San Sebastián y en la Caja Laboral Popular.

- La Excm. Diputación Foral de Guipúzcoa interpuso demanda de menor cuantía contra D. Juan Miguel y D.^a Ana Isabel y contra sus hijos D. Juan Francisco, D.^a M.^a Milagros y D.^a María sobre acción pauliana, solicitando que se dictase sentencia por la que se declarase la rescisión del contrato de donación celebrado el 21 de septiembre de 1990 y el celebrado el 25 de septiembre de 1990, por haberse realizado en fraude de acreedores, determinando la cancelación de las inscripciones de las donaciones en el Registro de la Propiedad de Tolosa, para que de este modo se restituyan los inmuebles al patrimonio del transmitente y puedan ser objeto de embargo por parte de la Hacienda Foral de Guipúzcoa como legítima acreedora.
- Admitida a trámite la demanda el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimando íntegramente la demanda formulada contra los demandados, ordenando alzar la anotación preventiva acordada al amparo del artículo 42 de la Ley Hipotecaria EDC 1946/59 imponiéndose las costas de este litigio a la parte actora.
- El Juzgado de 1.^a Instancia de Tolosa dictó sentencia el 19 de mayo de 1995 estimando parcialmente la demanda declarando rescindida totalmente la donación efectuada el 25 de septiembre de 1990, por D. Juan Francisco y su esposa D.^a María Milagros, en favor de sus hijos D. Juan Miguel y D.^a Ana Isabel, de una cuarta parte indivisa del 67,40% de la nuda propiedad de la finca sita en Beasain, e igualmente declara rescindida parcialmente la donación efectuada el 21 de septiembre de 1990, por D. Juan Francisco y D.^a María en favor de D. Juan Miguel y D.^a Ana Isabel, ciñéndose a lo donado por D. Juan Francisco, consistente en la nuda propiedad de unos determinados bienes.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de San Sebastián dictó sentencia el 8 de mayo de 1996 desestimando el recurso interpuesto y confirmando la sentencia de instancia.
- D. Juan Miguel y D.^a Ana Isabel interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

A criterio del Tribunal Supremo, los hechos reseñados justifican plenamente las consideraciones jurídicas que condujeron a la efectividad de la acción rescisoria ejercitada a tenor de lo prevenido por los arts.

1111, 1291.3, 1294 y cc. del CC, desde el momento en que se acredita la existencia de una deuda en favor del accionante, anterior a la enajenación fraudulenta, lo cual se produce en perjuicio de acreedores, careciendo el

deudor de otros bienes, y los acreedores de otro recurso legal para hacer efectivo su crédito, poniéndose de manifiesto el carácter fraudulento de la enajenación, pues el art. 1292 del CC, con respecto a las enajenaciones a título gratuito, establece una presunción de fraude, significándose que en el caso de donaciones, cuando el deudor-donante no se ha reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a la donación, de conformidad con el art. 643.2 del CC, “se presumirá siempre” el carácter fraudulento de la enajenación, que es el caso que nos ocupa, al no existir constancia de que el deudor-donante se haya reservado dichos bienes para pagar las deudas al hacer la donación.

No procede, tampoco, tomar en cuenta los conjuntos relativos al agotamiento de los

medios legales necesarios para hacer efectivo el cobro pues “como enseña la doctrina, la subsidiariedad debe entenderse referida a la posibilidad de pago y, por tanto, a la existencia de bienes en poder del deudor suficientes, desde luego, para la satisfacción de lo reclamado. En este sentido, el deudor ha de precisar y señalar estos bienes para excluir la legitimidad de la acción revocatoria. Explica la jurisprudencia, finalmente, que “para el éxito de la acción pauliana no es indispensable que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, basta con que sus bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores (sentencia del TS de 31 de octubre de 1994, que ratifica, entre otras la sentencia del TS de 20 de febrero de 2001).

2. *Rescisión de la donación efectuada por los padres a favor de los hijos aun cuando la exigibilidad de la deuda surgiese con posterioridad a la donación, ya que no resulta preciso para la acción rescisoria por fraude de acreedores que el crédito anterior fuese exigible, pues basta su existencia para que pueda ser objeto de fraudulento impago.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 11 de octubre de 2001.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- A D. Francisco y D.^a María del Coro les fueron levantadas en fecha 24 de julio de 1991 correspondientes actas de conformidad por la Inspección de Tributos de la Diputación Foral de Guipúzcoa, a consecuencia de que en la declaración conjunta del Impuesto de las Rentas de las Personas Físicas del año 1987 no hicieran constar el incremento del patrimonio por venta de una vivienda de su propiedad, practicándose propuesta de liquidación, que fue suscrita, alcanzando la deuda las cuantías respectivas de 10.894.559 pesetas y 11.441.952 pesetas —en las que se integran las cuotas tributarias no satisfechas, sanciones e intereses de demora— y ante su impago se procedió al

cobro por la vía ejecutiva, habiendo sido declarados insolventes y deudores fallidos (resolución de 17 de enero de 1995).

- Por medio de escritura pública de 4 de abril de 1991 los referidos cónyuges hicieron donación de los inmuebles que refiere el documento a sus tres hijos —también demandados— por terceras e indivisas partes, los que constituyeron hipoteca sobre una de las fincas donadas en fecha 23 de mayo de 1991.
- La Diputación Foral de Guipúzcoa interpuso demanda de menor cuantía contra D. Francisco, D.^a María del Coro, D.^a Virginia, D. Borja y D.^a Elena, en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicó: “Se dicte sentencia por la que declare la rescisión del contrato de donación celebrado con fecha 4 de abril de 1991 por haberse realizado en fraude de acreedores, determinando la cancelación de las inscripciones de las donaciones en el Registro de la Propiedad de San Sebastián, para que de este modo se restituyan los inmuebles al patrimonio de los transmitentes y puedan ser objeto de agresión por parte de la Hacienda Foral de Guipúzcoa como legítima acreedora, con los demás pronunciamientos a que en derecho hubiere lugar y con expresa imposición de costas a la parte demandada”.
- Los demandados se personaron en el pleito y contestaron a la demanda, a la que se opusieron con las razones de hecho y de derecho que alegaron, para terminar suplicando al Juzgado: “Que previos los trámites legales pertinentes, dicte en su día sentencia desestimando totalmente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 5 de San Sebastián dictó sentencia el 19 de diciembre de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Guipúzcoa dictó sentencia el 2 de mayo de 1996 estimando el recurso y revocando la sentencia declaró la rescisión del contrato de donación a que se refiere la escritura pública de 4 de abril de 1991 y la cancelación de las inscripciones registrales de dicha donación en el Registro de la Propiedad de San Sebastián, condenando a los demandados al pago de las costas procesales de la primera instancia, sin hacer expresa imposición de las ocasionadas en esta segunda instancia.
- D. Francisco, D.^a María del Coro, D.^a Virginia, D. Borja y D.^a Elena interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Los motivos del recurso convergen en denunciar la infracción de los artículos 1290 y 1291.3.º del Código Civil y combaten la sentencia que se recurre en cuanto decretó la existencia de la deuda tributaria como anterior a la donación llevada a cabo, la que, por

ello, declara rescindida por darse fraude de acreedores.

Los hechos probados ponen de manifiesto que el matrimonio demandado omitió —no se acreditó hubiera concurrido alguna circunstancia impeditiva de su voluntad— el incremento de su patrimonio en la declaración de renta del año 1987, a lo que estaban obligados y tampoco satisficieron la cuota tributaria correspondiente en el período legal para ello, conforme a la normativa fiscal particular de Guipúzcoa. De este modo se constituyeron desde un principio y de manera decidida en deudores fiscales y provocaron con su conducta que se levantaran las actas de inspección referidas y se procediera por la vía de apremio que tuvo resultado negativo, por lo que la Diputación no pudo cobrar su crédito.

Si bien la doctrina de esta Sala, ha establecido que la acción rescisoria se apoya en la existencia de un crédito anterior al acto fraudulento dispositivo (Sentencias de 18-7-1991, 27-11-1991, 15-9 y 31-12-1997 y 31-5-1999), actuando la rescisión con efectos de ineficacia sobrevenida, tal declaración de principios ha de matizarse debidamente, por lo que la jurisprudencia ha declarado que la preexistencia del crédito opera en tesis general (Sentencia de 14-6-1958), siendo preciso que cada caso se estudie en concreto y con las peculiaridades que presenta, especialmente en aquellos supuestos en los que la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura existencia posterior del crédito (Sentencias de 18-5-1988, 11-11-1993 y 28-6-1994).

Aplicada esta doctrina al caso de autos y aceptándose la decisión del Tribunal de Instancia en cuanto a que los esposos recurrentes se constituyeron voluntariamente en deudores tributarios, al derivar el crédito de la Diputación de la omisión que establecieron en tiempo anterior a efectuar la donación de bienes a sus hijos, las actas levantadas sólo actúan a efectos de cuantificar el importe del débito, pero no creando la obligación que ya se había instaurado y resultaba determinada, aunque no concretada en cantidad y fue pre-

cisamente el mismo día (4 de abril de 1991), que corresponde al inicio de las actuaciones inspectoras (aunque la notificación tuvo lugar el día 30 siguiente), cuando se lleva a cabo la donación controvertida.

El fraude se aprecia y puede existir, tanto cuando se da intención decidida de causar un perjuicio a los acreedores, como por la simple conciencia de causarlo (Sentencias de 12-7-1990 y 27-11-1991), lo que es aplicable al caso que nos ocupa, correspondiendo a la jurisdicción civil sólo decidir tal cuestión, sobre todo cuando los recurrentes no demuestran que hubieran impugnado ante los órganos competentes, mediante los recursos autorizados, la ilegalidad de la referida deuda tributaria y, al contrario, la asumieron al firmar las actas de liquidación practicadas y consentir adquirieran firmeza.

El Tribunal Supremo ha resuelto un caso similar por sentencia de 5 de mayo de 1997, en la que declara que no resulta preciso para la acción rescisoria por fraude de acreedores que el crédito anterior fuese exigible, pues basta su existencia para que pueda ser objeto de fraudulento impago, como aquí ocurre, al tratarse de impuestos devengados en anteriores anualidades, que resultaba existente en tiempo precedente a la donación y aunque la deuda fiscal no estuviese precisamente cuantificada y con carácter de exigibilidad inmediata.

Por último, se alegan como infringidos los artículos 1290, 1291.3.º y 1251, todos ellos del Código Civil y jurisprudencia, insistiendo en que se trata de deuda posterior a la donación, aportando la infracción del artículo 643.2, en su conexión con el 1297.1.º La cuestión ha quedado resuelta al estudiar los motivos precedentes, tratándose de deuda nacida y de previsión cierta, por lo que ha de estarse a las presunciones que dichos preceptos establecen. Se trata de presunción que admite prueba en contrario, lo que no se ha practicado en este caso. La sentencia combatida establece la realidad del *consilium fraudis*, así como sienta, como hechos fijados como probados, que no se da reserva de bienes, los que han de ser bastantes, es

decir suficientes y realizables, así como inexistencia de cualquier tipo de los mismos para poder hacer frente al crédito de la Diputación de Guipúzcoa (Sentencias de 2-7-1992 y 31-12-1997).

El artículo 1297 permite que la rescisión pueda decretarse tanto por la presunción que

establece, como por el resultado de la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio (Sentencias de 18-7-1991 y 31-12-1997), y en este caso, tanto el perjuicio ha quedado suficientemente demostrado, como la condición de perjudicado que corresponde a la Diputación que demanda.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. ALIMENTOS

1. *Inaplicación del art. 152.5 del Código Civil al supuesto en el que el hijo no sigue su formación ni busca trabajo, no procediendo la extinción de la pensión sino, conforme a lo establecido en el art. 260 del Código de Familia, la pérdida de todo derecho a compensarse de los gastos necesarios para la continuación de su formación, conservando tan solo el escaso derecho de alimentos consistente en los auxilios necesarios para la vida.*

TSJ Cataluña, Sentencia de 3 de junio de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ponç Feliu i Llansá.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don José interpuso demanda contra D.^a Ana solicitando que se declarase la extinción de la obligación de pagar una pensión alimenticia a favor de uno de sus hijos (o de su hijo) fijada en la suma de 30.000 ptas. mensuales después que en procedimiento de reconocimiento de paternidad se declarara que el mismo era progenitor del mencionado hijo.
- El Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción núm. 1 de Cerdanyola dictó sentencia el 26 de abril de 2000, desestimando la demanda razonando que “en el caso de autos no puede afirmarse sobre el material probatorio existente que las circunstancias económicas de acreedor y deudor hayan cambiado”.
- En grado de apelación, la Sec. 18.^a de la AP de Barcelona dictó sentencia el 6 de julio de 2001 estimando el recurso de apelación interpuesto por D. José

y declarando la extinción de aquella obligación razonando que debían relacionarse los arts. 142 y 259 del Código de Familia con el art. 152 del CC “que establece como causa del cese de la obligación la circunstancia de que la necesidad del alimentista, descendiente del obligado provenga de su mala conducta o de la falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esa causa...”, que la Audiencia Provincial entiende que concurre en el presente caso.

- D.^a Ana interpuso recurso de casación ante el TSJ de Cataluña que fue estimado parcialmente declarando vigente la obligación alimenticia de D. José respecto a su hijo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Alega la recurrente la infracción del art. 271 del Código de Familia por inaplicación al haber extinguido la pensión de alimentos en virtud de una causa no establecida en el citado artículo, al haber aplicado indebidamente el art. 152.5 del Código Civil.

Ciertamente, señala el TSJ de Cataluña, deviene irrefutable la preeminencia en Cataluña del Código de Familia y de las normas supletorias del Derecho Civil Catalán con respecto al Código Civil. Es bien sabida la falta de competencia del Estado para legislar en materia de Derecho Civil Catalán, como ya señaló el TC en SS. 118/1996 y 61/1997, en las que utiliza terminología como la de falta de “título competencial del Estado”. Ahora bien, tampoco es menos cierto que el Derecho Estatal abarca todo el territorio español, a diferencia de los de las Comunidades Autónomas, limitados a su territorio respectivo. Eso hace que en algunas coexistan dos derechos: el propio y el estatal, si bien no puede aparecer conflictividad entre ambos por la referida preeminencia del derecho propio y consecuente supletoriedad del estatal.

El problema sí podría aparecer, no obstante, en los supuestos en que se presentara la duda sobre el carácter completo o no de una determinada materia. En aquellos casos en los que la respectiva Comunidad Autónoma haya renunciado a desarrollar su derecho propio, tal inactividad legislativa podría pro-

vocar la *vocatio* del derecho estatal, que la Constitución prevé como supletorio en el caso de inexistencia de norma autonómica (art. 149.3 de la CE), en concordancia con el art. 26.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y disp. final 4.^a de la Compilación. No obstante, no puede identificarse un determinado déficit de regulación con la típica y genuina laguna que, en cualquier Ordenamiento Jurídico, permite acudir a su correspondiente derecho supletorio. Por ejemplo, una cosa es que, regulada la institución, se acuse después sobre algún aspecto un determinado vacío por déficit de regulación, vacío siempre subsanable gracias al mecanismo supletorio del Código Civil, y otra cosa bien distinta es que dentro de un cuerpo normativo aquel vacío exprese una omisión intencionada por tal como su regulación hubiese resultado discordante desde una perspectiva total y sistemática (al representar, por ejemplo, un cuerpo disonante por extraño, dentro de la armonía propia de un Ordenamiento). En este supuesto sería inútil, por artificioso, cualquier esfuerzo por una heterointegración normativa.

El antes referido carácter de “completo” o autosuficiente de una normativa puede predicarse del Código de Familia. Al menos así se recoge expresamente en su Preámbulo, que refiere que “esta Ley contiene una normativa completa y autónoma de todas las instituciones propias del derecho de familia,

con la sola excepción..., de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio. La Ley substituye, por consiguiente, todo el derecho de familia vigente hasta ahora en Cataluña y lo engloba en un solo texto”.

La sentencia rebatida si bien menciona el art. 259 del Código de Familia, también se refiere al art. 142 y, sobre todo, al 152 del Código Civil, al decir que se ha de relacionar el primero, de manera que acaba fundamentando su decisión, no en ningún precepto del derecho catalán, sino en el mencionado art. 152 del Código Civil. Así, se afirma que “estimamos que es de aplicación el precepto examinado (art. 152 del CC), por lo que debemos declarar extinguida la pensión alimenticia”.

En este particular la crítica de la parte recurrente deviene, pues, aceptable para cómo debe resolverse el litigio, como se acaba de decir, aplicando, exclusivamente y excluyendo, el derecho civil de Cataluña.

Ahora bien, tal enjuiciamiento del caso, a la luz del Código de Familia y no del Código Civil, presenta la cuestión de la inexistencia en el primer texto legal, como causa expresa de extinción de la obligación alimenticia, de algún precepto específicamente equivalente al art. 152.5 del Código Civil, que prevé aquella extinción en supuestos de “mala conducta o falta de aplicación al trabajo” del beneficiario de los alimentos.

Al respecto, no parece aconsejable acudir al art. 259 del Código de Familia. Por un lado, por su excesiva generalidad, como es lógico en un precepto que abre el Título VIII, dedicado a los alimentos entre parientes. Además, su previsión normativa no sería de fácil aplicación en el caso, ya que este Tribunal está sujeto, lógicamente al *factum* de la sentencia rebatida, en el cual se describe “en el caso nos encontramos con que el hijo, según él mismo reconoció, ha estudiado EGB y ESO, y ya no estudia y si bien la apelada en prueba de confesión manifestó que realizaba estudios de autómatas programables, ninguna prueba ni siquiera indiciaria existe en autos de su veracidad. En cuanto al trabajo te-

nemos que el hijo consta inscrito como demandante de empleo en las siguientes fechas: de 6 de noviembre de 1997 a 9 de febrero de 1998, 10 de febrero de 1998 a 14 de mayo de 1998, 15 de mayo de 1998 a 18 de agosto de 1998 y de 12 de enero de 1999 a 15 de abril de 1999, en todos los casos habiendo causado baja por no renovación de la demanda”.

Por tanto, siendo en la actualidad el beneficiario ya mayor de edad y no existiendo el menor indicio de que continúa ningún tipo de formación (ni en el ámbito del BUP ni en el de Formación Profesional), debe acudirse, más que al mencionado numeral, al siguiente y más específico art. 260 del Código de Familia, en el cual, el legislador ha manifestado su voluntad de distinguir situaciones y de fijar obligación de prestación alimenticia de diferente contenido y alcance.

Debe tenerse en cuenta, efectivamente, que no se está ante aquellos alimentos que algún sector doctrinal denomina “institucionales”, en contraposición a la categoría de los adjetivados como “autónomos”. Como es sabido, formarían el primer bloque aquellos alimentos producto de una obligación ya absorbida o insertada por una concreta institución familiar, como, por ejemplo, el matrimonio, la filiación (en supuestos de hijos menores de edad o bajo potestad), el acogimiento y la tutela. Debe subrayarse pues, la distinta naturaleza de, por ejemplo, las pensiones alimenticias fijadas en pleitos matrimoniales para menores de edad, de los supuestos, como el presente, de alimentos entre parientes a que se refiere el Título VIII del Código de Familia. La misma CE (art. 39.2) parece distinguir entre la asistencia debida a los hijos “durante su minoría de edad” y los otros casos “en que legalmente proceda”.

Este Título VIII es aplicable al presente caso por encontrarnos en el mencionado supuesto de alimentos “autónomos”, ya que el art. 272 prescribe que “las normas establecidas en este Título se aplican subsidiariamente a los alimentos ordenados en testamento o en codicilos, a los convenidos por pacto y a

los alimentos legales que tienen regulación específica...” (es decir, a los “institucionales”).

Pues bien, debe ponderarse en casos, como el presente, de filiaciones extramatrimoniales y respecto a la Ley 11/1996 —ahora recogida en el Código de Familia— que el Proyecto del Gobierno de la Generalitat postulaba que “al margen de las relaciones entre padres e hijos, en el parentesco originado por la generación extramatrimonial y la adoptiva, si no ha habido trato familiar, nada más se tiene derecho a los alimentos necesarios para la vida”. En el trámite parlamentario el precepto fue suprimido, pero quedó la idea, en relación ascendiente-descendiente, de una limitación de la obligación alimenticia en caso de que la necesidad del beneficiario fuese imputable al propio alimentado. De aquí deriva el actual redactado del Código de Familia, que, transponiendo el artículo homónimo de la Ley 11/1996 prescribe (art. 260.4) que “si la persona que tiene derecho a recibir alimentos es descendiente de la persona obligada y la necesidad deriva de causa que le es imputable, mientras ésta subsista, nada más tiene derecho a los alimentos necesarios para la vida”.

Como señala la doctrina, “el derecho catalán resulta menos radical que el legislador llamado común, al considerar que más que una suspensión de la obligación alimenticia, lo que debe darse es una limitación de la misma a los auxilios necesarios para la vida”.

Considerando la realidad fáctica antes descrita y la necesidad de recibir alimentos del hijo, el demandante y padre biológico deberá contribuir, pues, a sufragar sus necesidades, pero no en los amplios términos que al concepto “alimentos” atribuye el art. 259 del Código de Familia, sino en el mucho más reducido del numeral que se acaba de transcribir. El hijo Isaac, mientras persista la conducta declarada probada por la Audiencia, ha perdido todo derecho a compensarse de los gastos necesarios para la continuación de

su formación, conservando tan solo el escaso derecho de alimentos que se acaba de exponer.

Ahora bien, la noción de alimentos “sólo necesarios para la vida” conforma un concepto jurídico indeterminado. Parecería, al tenerse que eliminar el tramo o la porción correspondiente a los referidos gastos de formación, que en esta concepción restringida de alimentos no entrarían los gastos relativos al denominado “orden intelectual” (*Ad disciplinam Digest*, 34.1.6 *in studia Digest* 37.10.6.5 o “educación y aprendizaje” a que se refiere el art. 355.2.³ Código Sucesiones, etc.). En cualquier caso, serán las concretas e irrepetibles circunstancias de cada situación y momento las que posibilitarán una aplicación siempre eminentemente casuística. Bien lo indica el propio Código al disponer que “la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las del alimentado y a los medios económicos y a las posibilidades de la persona o las personas obligadas a prestarlos”.

En el caso, la sentencia que se recurre declara probado que “...el padre trabaja con contratos temporales y los últimos obrantes en autos terminaban el 29 de febrero de 1999 y 25 de febrero de 2000, estando en la actualidad en desempleo, siendo la última fecha de renovación en el INEM el 12 de septiembre de 2000”, lo que dibuja, pues, un panorama económico del obligado a la prestación alimenticia nada halagüeño.

Atendiendo este conjunto circunstancial y las peticiones de las partes, este Tribunal considera equitativa la cantidad de 15.000 ptas., como aquella que deberá continuar abonando D. José mensualmente en concepto de alimentos a su hijo Isaac y en este sentido deberá revocarse la sentencia rebatida.

La aceptación en parte del recurso provoca que cada litigante haya de asumir las costas por él causadas, tanto en lo que respecta a esta alzada como a las dos instancias, debiéndose satisfacer las comunes por mitad.

II. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *No se atisba razón social alguna que conduzca a la inexorabilidad de un plazo a fijar para la pensión compensatoria, plazo que, además, obligaría a adivinar ex ante la cesación de la situación de desequilibrio, cuando la Ley ofrece mecanismos suficientes para modular una situación que se fija rebus sic stantibus.*

TSJ Cataluña, Sentencia de 4 de marzo de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal i Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Francisca formuló demanda de separación matrimonial contra D. Juan.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 17 de Barcelona, dictó sentencia el 20 de octubre de 2000, estimando la demanda y fijando las siguientes medidas:
 - a) Se atribuye a la esposa el uso del que fuera domicilio conyugal así como el ajuar existente en el mismo, debiendo abandonarlo el esposo, en el supuesto de no haberlo hecho, pudiendo llevar consigo sus ropas y enseres de uso personal.
 - b) Se establece la obligación del esposo de abonar en concepto de pensión compensatoria para la esposa la cantidad de 150.000 pesetas al mes, pagaderas dentro de los cinco primeros días de cada mes, por meses adelantados, en la cuenta corriente destinada por la esposa a tal efecto y que será actualizada anualmente conforme al IPC. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en costas.
- En grado de apelación, la Sec. 18.^a de la AP de Barcelona dictó sentencia el 19 de junio de 2001, estimando parcialmente el recurso interpuesto por D. Juan y revocando la sentencia de instancia acuerda limitar temporalmente el derecho de la esposa D.^a Francisca al percibo de pensión compensatoria a un máximo de siete años a contar desde la fecha de la sentencia dictada en primera instancia manteniéndose los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada. No procede efectuar declaración sobre costas.
- D.^a Francisca interpuso recurso de casación que fue estimado por el TSJ de Cataluña que anuló la sentencia de la Audiencia Provincial confirmando la dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El fundamento jurídico de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial era del siguiente tenor literal:

“Ahora bien, el recurso debe ser parcialmente estimado pues, como viene entendiendo la más reciente doctrina jurisprudencial, la pensión compensatoria es un derecho limitado en cuanto al tiempo de su duración, ya que su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber existido el matrimonio.

Que la pensión compensatoria matrimonial o por desequilibrio económico tiene un alcance temporal limitado en el tiempo y no vitalicio, se infería incluso de su reglamentación legal pues el propio art. 101 del CC tenía previsto su extinción, entre otras causas, cuando aquel desequilibrio que la justifica haya desaparecido.

De forma expresa el art. 86 del vigente Codi de Família de Catalunya ha venido a clarificar la cuestión al decir que ‘El dret a la pensió compensatòria s’extingueix: d) Pel transcurrir del termini pel qual es va establir’.

En consecuencia, deberá limitarse temporalmente el derecho al percibo de la pensión, tomando en consideración circunstancias, tales como la duración del matrimonio, edad del cónyuge más desfavorecido, cualificación académica o profesional y posibilidad de integración en el mundo laboral, para partiendo de que no se trata en ningún caso de una pensión vitalicia, determinar el límite temporal de la misma, que en el presente caso se fija en un período de siete años a contar desde la sentencia dictada en primera instancia”.

El recurso de casación se interpone por una doble vía: por la del recurso extraordinario por infracción procesal (ex arts. 468 y 469.2 de la LEC) y por la del recurso de

casación propiamente dicho (ex art. 477.3 del mismo texto legal), lo que es posible a tenor de lo establecido en el numeral 1 de la Disposición Final Decimosexta de la Ley, procediendo, en consecuencia, al examen primero del recurso procesal según lo que se expresa en la regla 6.ª de la misma Disposición.

1. Recurso por infracción procesal.

Señala el recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial es incongruente con la causa de pedir pues nadie ha demandado en ninguna de las instancias que se ponga un límite temporal a la pensión compensatoria, ni nadie se ha opuesto en ninguno de los escritos de contestación a que la pensión compensatoria no tenga limitación temporal alguna. Infringe pues el principio de congruencia, por incongruencia *extra petitum* pues se prescinde de la causa de pedir y se falla conforme a otra distinta, indefensión no amparada por el principio *iura novit curia*.

Como se infiere de lo anterior, las normas supuestamente quebrantadas en la sentencia se refieren a la congruencia y esta congruencia no se da en la resolución judicial, según el recurrente, por haber resuelto la temporalidad de la pensión compensatoria sin previa petición de parte.

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decidir si una sentencia es incongruente o no ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*), o si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por aquéllas (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita (sentencias, entre otras, de 14 de noviembre de 1998, 4 de mayo de 1999, 20 de marzo y 31 de mayo de 2000). Es decir, la congruencia se resuelve —como entiende nuestra me-

jor doctrina— en una comparación entre dos extremos: las pretensiones de las partes, tanto de la pretensión propiamente dicha del actor como de la oposición del demandado, y la resolución del juzgador; la congruencia ha de ser, pues, apreciada en función del binomio: pretensiones de las partes-fallo de la sentencia.

Ahora bien, las pretensiones de las partes, primer elemento del juicio comparativo, se componen de un sustrato fáctico, de un entorno jurídico, y de un *petitum*, como la sentencia, segundo elemento del juicio comparativo, se compone igualmente de unos hechos probados, de su valoración, de los fundamentos de derechos aplicables y de la decisión. Lo anterior lleva a analizar lo que ha podido llamarse incongruencia jurídica.

En principio, la congruencia sólo impone un juicio de adecuación entre lo pedido y lo concedido, sobre unas bases fácticas inalterables establecidas por las partes. La valoración jurídica de la pretensión y sus consecuencias no le está vedada al Juzgador, de acuerdo con los principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius*, de suerte que puede éste aplicar normas jurídicas vigentes distintas y no alegadas por las partes, siempre y cuando respete el componente fáctico esencial de la acción y la *causa petendi*. Un razonamiento jurídico basado en una interpretación legal no tiene por qué introducir hechos o elementos nuevos de valoración. Lo anterior ha sido objeto de múltiples pronunciamientos, entre ellos sentencias de 8 de julio de 1993, 26 de julio de 1994, 24 de enero y 30 de octubre de 1995, 16 de diciembre de 1996, 13 de abril de 1999, 5 y 22 de julio de 2000, 27 de marzo de 2001, etc.

En el caso de autos, deben señalarse los siguientes linderos: la parte actora solicitó en su demanda de separación conyugal el señalamiento a su favor de una pensión compensatoria en cuantía de 250.000 pesetas, revisable según las variaciones del IPC. Se señalaba entonces que la actora, casada desde el año 1972 (cuando contaba dieciséis años), había dedicado los 26 años de matrimonio al cuidado del hogar y de los hijos, de 26 y 21

años ahora, carece de formación, de experiencia profesional alguna y padece agorafobia. El esposo demandado percibía una remuneración profesional de 750.000 pesetas y era propietario de un inmueble y una plaza de aparcamiento privado. Los anteriores hechos (concretando el salario del demandado a 9.017.932 pesetas anuales) se declaran probados en la sentencia combatida. Como se ha dicho, la Magistrada del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona concedió a la actora una pensión de 150.000 pesetas y la Audiencia, sobre el razonamiento que ha quedado transcrito, mantiene la pensión compensatoria, mantiene también su cuantía y variabilidad anual y la limita en el tiempo, estableciendo un tope máximo de siete años.

No existe, pues, incongruencia alguna. Podrá —de hecho así lo hace la recurrente— discutirse la bondad y corrección jurídica de los argumentos que conducen al establecimiento del indicado límite temporal de la pensión, pero, indudablemente, dar menos —en el tiempo— de lo pedido no es incongruente. El señalamiento de una pensión periódica siempre tiene dos límites: su cuantía y el tiempo durante el que debe abonarse, a veces interconectados de forma inversamente proporcional. Pues bien, la actora solicitó una pensión de cuantía determinada y por tiempo indefinido; la Magistrada de instancia le concedió la pensión por cuantía inferior y por tiempo indefinido; la Audiencia fija la pensión en la misma cuantía que la Juez y por tiempo determinado. La Audiencia no incurre en *ultra, citra* o *extra petita*, concede menos de lo que se pide en razón a una interpretación de la Ley.

Podría todavía pensarse —porque así lo aduce la recurrente— que la argumentación jurídica de la Sala de instancia ha sido sorpresiva y ha dejado a la parte en indefensión. La recurrente, en efecto, razona que nunca la contraparte solicitó la fijación de un límite temporal a la pensión compensatoria y ello no es totalmente cierto, aunque tampoco tenga importancia. Basta examinar, como ha hecho esta Sala, el Acta de la Vista del recurso de apelación para percatarse de que la

parte apelante adujo en el acto que: “la pensió compensatòria ha de ser temporal, perquè l’apellada pot entrar perfectament, al mercat laboral”. Pero, en cualquier caso, lo cierto es que la interpretación diferente de una norma jurídica —cuya aplicación es precisamente la convenida por las partes— no puede generar indefensión, sí, en cambio, como se ha hecho, abrir la vía de recurso por infracción legal.

Por todo ello es claro que el recurso extraordinario por infracción procesal no puede, pues, acogerse.

2. Recurso por interés casacional.

Entiende el recurrente que existe interés casacional y por ende debe admitirse el recurso con base en la aplicación que no llevan más de cinco años en vigor (Codi de Família de Catalunya), la ausencia de doctrina de este Tribunal Superior de Justicia sobre la cuestión suscitada (temporalidad de la pensión compensatoria) y la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales (que, en el caso, se limita a doctrina contraria de la misma Sección de la Audiencia y contradictoria con la de la Sección Duodécima, también especializada en materia de Derecho de Familia).

El recurso carece de la más mínima técnica casacional y reclama su desestimación, que no consigue por el interés de esta Sala en resolver la cuestión de fondo, sobre la que, efectivamente, nunca se ha pronunciado y sobre la que existen pronunciamientos contradictorios que la Audiencia Provincial de Barcelona no ha conseguido unificar; por un extraordinario respeto de esta Sala al principio *pro actione* y al derecho de todo ciudadano a ver cumplida su demanda de tutela judicial sobre sus derechos e intereses legítimos; y porque, finalmente, puede encontrarse el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC en el interior del recurso, bien que colocado en el encaje general de los motivos del mismo, diciendo así el apartado b): “En el expresado Código de Familia, destacan en el supuesto que nos ocupa, los artículos 84,

85 y 86, los cuales se hallan vulnerados en el sentido que ninguno de ellos indica que el derecho a percibir una pensión compensatoria deba estar limitado en el tiempo. En el mismo sentido, tampoco existen preceptos del Código Civil, en concreto los artículos 97, 99, 100 y 101, que contemplen el límite temporal al derecho a percibir una pensión compensatoria”.

El núcleo fundamental de la cuestión litigiosa se sitúa, pues, como al principio se adelantaba, en la doctrina que sienta la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona en orden a la necesidad de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria. No se trata, consiguientemente, de que se entre en discutir si, en el caso concreto, el límite temporal de siete años fijado por la Audiencia es coherente con las condiciones concurrentes en los litigantes y que se dan como probadas en autos. Se trata, por el contrario, de que la Audiencia ha fijado este límite de siete años porque entiende que siempre debe fijarse un límite temporal a la pensión compensatoria.

Pues bien, la Sección de la Audiencia, para fundamentar su postura, alude a “la más reciente doctrina jurisprudencial” y bascula sobre tres ejes: la finalidad de la pensión compensatoria, que no es otra —dice— que colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura matrimonial en situación de potencial igualdad de oportunidades respecto a las que habría tenido de no haber contraído matrimonio; el art. 101 del Código Civil en cuanto prevé la extinción de la pensión en el momento en que se produzca la desaparición del desequilibrio; y el art. 86 del Código de Familia en tanto prevé la extinción por el transcurso del plazo por la que se estableció.

El criterio no puede mantenerse.

Ciertamente, la finalidad de la pensión compensatoria, tal como viene hoy regulada en el Codi de Família de Catalunya, es reequilibradora. Se trata de compensar al cónyuge que se ve perjudicado por la separación o el divorcio, manteniendo el principio de solidaridad económica existente constante la situación convivencial. Los términos com-

parativos que generan el derecho a pensión son, pues, dos: la situación de la que se gozaba durante el matrimonio y la situación previsible después de la crisis, atendida la posición personal y profesional del beneficiario de la pensión. Con palabras de la Audiencia Provincial de Lleida (sentencia de 6 de febrero de 1998: “es una institución cuya finalidad es evitar que las consecuencias negativas desde el punto de vista patrimonial que se derivan normalmente de la quiebra de la vida en común, graviten de forma desproporcionada y desequilibrada sobre uno de los miembros de la pareja, como consecuencia de la diferente situación en que se encuentran a raíz de las diferentes posiciones ostentadas durante el tiempo que duró la vida en común, tanto en el desempeño de trabajos subordinados al bienestar familiar como a la formación de un patrimonio privativo, así como evitar situaciones contrarias a principios de equidad o a criterios de una mínima solidaridad postconyugal”).

Nos encontramos, pues, ante una actuación legal que no se produce nunca de forma automática, sí siempre atemperada a las circunstancias de todo orden concurrentes: status o posición social y económica del matrimonio, duración del período convivencial, dedicación primordial o exclusiva de uno de los cónyuges al sostenimiento del consorcio y de los hijos comunes, situación de los consortes después de la crisis matrimonial, preparación personal y profesional ante el mercado laboral, etc. etc.

Siendo ello así, no se atisba razón social alguna que conduzca a la inexorabilidad de un plazo a fijar para la pensión compensatoria, plazo que, además, obligaría a adivinar *ex ante* la cesación de la situación de desequilibrio, cuando la Ley ofrece, como veremos, mecanismos suficientes para modular una situación que se fija *rebus sic stantibus*.

Pero sucede, además, que tampoco se atisba razón jurídica alguna.

De una parte, la mejor doctrina catalana actual no determina la necesidad de fijar un plazo al conceder el Juez la pensión compen-

satoria, aunque se admita —como es lógico— la posibilidad de hacerlo.

Tampoco es unánime la doctrina que fluye de las decisiones de las Audiencias Provinciales (ni siquiera, como se ha adelantado, la de Barcelona), pese a la rotunda afirmación que se contiene en la sentencia objeto de análisis. Así, sin ir más lejos, deniegan la fijación de un plazo las sentencias de 6 de febrero de 2001 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, la de 14 de marzo de 2001 de la Audiencia Provincial de Alicante y la de 6 de junio de 2000 de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona; conceden la pensión sin límite temporal las sentencias de 22 de mayo y 13 de febrero de 2001 de la citada Sección Decimosegunda de Barcelona; y, es más, igualmente la concede sin plazo la de 16 de mayo de 2000 de la propia Sección Decimotercera de Barcelona.

Finalmente, tampoco son definitivos los argumentos jurídicos utilizados en la sentencia. No lo son en sede de Derecho Común, no ya sólo porque la temporalidad de la pensión no se establece como requisito específico de la misma, sino, además, porque, como es sabido, el art. 99 del Código Civil permite, fijada la pensión judicialmente, convenir su sustitución por una renta vitalicia, argumento que actúa —aunque sólo sea teleológicamente— a favor de la intemporalidad. Y no cabe invocar, como hace la sentencia de instancia, la disposición contenida en el art. 101, según el cual se extingue el derecho a la pensión cuando cesa la causa que lo motivó, porque tal precepto reafirma la esencia del *rebus sic stantibus* que caracteriza, como se ha dicho, aquel derecho a la pensión y contempla su extinción por variación de las circunstancias de constitución del derecho, lo que hace innecesaria la determinación *ab initio* de un *dies ad quem*.

Y tampoco el Derecho catalán opta definitivamente por la temporalidad esencial, sí, en cambio, por la temporalidad potestativa, al fijar legalmente las causas sobrevenidas de extinción: millora de la situació econòmica del cònjuge creditor, matrimoni del

cònjuge creditor, mort del cònjuge creditor i trancurs del termini pel qual es va establir. Deviene, pues, claro que el Código de Familia (art. 86) permite la fijación del término o plazo, pero no obliga a su fijación judicial.

Establecido cuanto antecede resulta claro el error en que incurre la sentencia ahora combatida, en la medida en que la fijación del plazo de siete años se contempla en la misma como imperativo legal. Si a lo anterior se le añaden —aunque no sea objeto de controversia— las circunstancias que concurren en el concreto caso: matrimonio cuando la esposa beneficiaria de la pensión

tenía dieciséis años; matrimonio que dura veintisiete años; dedicación completa de la esposa al cuidado del hogar, esposo e hijos; nulos ingresos económicos de la misma; ausencia de capacidad profesional o laboral; padecimiento del síndrome de agorabia; hechos que quedan probados en la sentencia; ha de convenirse en la inadecuación del plazo fijado en la sentencia, ello sin perjuicio, como se decía, de que circunstancias sobrevenidas, como las contempladas en los arts. 84.3 y 86 del Código de Familia, puedan determinar en el futuro la reducción o extinción de la pensión concedida.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *Desestimación de la demanda de nulidad matrimonial, ya que no estando la demandada aquejada de un brote o crisis esquizofrénica ni en el momento anterior ni en el posterior inmediato a la prestación del consentimiento, ha de inferirse con cierta seguridad que no lo estaba en el momento mismo de la celebración del matrimonio, por lo que aunque hubiese abandonado el tratamiento y tuviese nula conciencia de su enfermedad no puede afirmarse que tuviese sus facultades mentales limitadas hasta el punto que le impidiesen prestar válidamente el consentimiento matrimonial.*

AP BURGOS, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de enero de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Esther Villimar San Salvador.

El matrimonio fue contraído por los litigantes el día 13 de marzo de 1998. La esposa demandada D.ª Yolanda fue diagnosticada en el año 1981 de un trastorno esquizofrénico de tipo paranoide, constando en su historial médico varios internamientos psiquiátricos, seguimiento por varios especialistas y tratamiento ambulatorio en el Centro de Salud Mental del País Vasco, con altibajos en su cumplimiento por la paciente.

Aunque es difícil dar un concepto preciso de la esquizofrenia, es lo cierto que se trata de una verdadera psicosis endógena, sin duda la más frecuente, que se caracteriza por producir un trastorno fundamental con escisión en la estructura de la personalidad, originando una disociación en las vivencias internas, enfermedad que presenta diversas manifestaciones que dan lugar a las distintas clases de esquizofrenia, como es la paranoi-

de caracterizada por alucinaciones o ideas delirantes.

En orden a la eficacia jurídica de esta perturbación anímica sobre la consciencia y la voluntad se mantienen dos criterios contrapuestos: el criterio biológico puro en que basta la constatación de la anormalidad para proclamar la falta de consciencia y voluntad y, de otra, el criterio psicológico en que se exige que el sujeto padezca en el momento de la ideación y manifestación de la voluntad una perturbación total o parcial de sus facultades mentales, anulando o disminuyendo sensiblemente las intelectivas y volitivas de tal modo que el criterio general viene siendo el de normalidad mental y solamente las crisis se presentan como excepcionales. La STS de 19 de septiembre de 1989 afirma que este último criterio es el comúnmente aceptado por la jurisprudencia, principalmente por la Sala 2.^a, por ser materia proclive a su estudio (STS 2.^a 22 de enero de 1988 y 28 de noviembre de 1990). Criterio que encuentra su apoyo legal en el art. 56, párrafo segundo del CC al establecer que “si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias físicas o anomalías psíquicas, se exigirá informe médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”; de lo que se infiere que las anomalías psíquicas *per se* no se configuran como una incapacidad para contraer el matrimonio.

Siguiendo el expresado criterio mayoritario, en el presente caso no puede llegarse a la misma conclusión que la sentencia de instancia al afirmar que D.^a Yolanda G. en el momento de la manifestación del consentimiento matrimonial, padecía una perturbación de sus facultades mentales que anularon o disminuyeron sus facultades intelectivas y volitivas y que este vicio de la capacidad para emitir el consentimiento tiene encaje en el art. 73.1 del CC.

Reseñar que el matrimonio fue celebrado en forma civil, sin que en el expediente matrimonial ante el encargado del Registro Civil se cumpliera el trámite previsto en el art. 56, párrafo segundo del CC. No obstante, la

falta de dicho dictamen médico no invalida el matrimonio, siendo necesario para poder declarar su nulidad la prueba de que en el momento de la celebración, el contrayente no podía prestar válidamente el consentimiento matrimonial como consecuencia de sus deficiencias o anomalías psíquicas.

Este hecho no ha sido probado plenamente en el caso presente, discrepándose de la valoración que de la prueba hace el juez *a quo*. La demandada se encontraba desde el año 1997 en tratamiento con el Doctor M. y antes de contraer matrimonio, en febrero de 1998, acude a consulta de urgencias abandonando seguidamente su tratamiento y fue después de dar a luz, sobre el 23 de noviembre, cuando ha de ser ingresada afectada por una locura furiosa. El testimonio del Dr. M. afirma que en la consulta de urgencias del 17 de febrero de 1998 la enferma estaba capacitada para contraer matrimonio, aunque en la fecha exacta en que lo contrajo —13 de marzo— lo desconoce. La proximidad de las fechas señaladas puede llevar a la presunción de que se hallaba capacitada para prestar el consentimiento matrimonial en el momento de su emisión, el esposo en confesión judicial dice ignorar si estaba en plenitud de capacidad, sin embargo nada extraño observó en el comportamiento de D.^a Yolanda, ni ninguna de las personas que acudieron a la celebración del matrimonio (incluido el juez autorizante), sólo después de pasado un tiempo percibieron un comportamiento extraño que lo atribuyeron al período de adaptación a la vida en el pueblo y únicamente cuando meses después da a luz a la niña y regresa al pueblo, su comportamiento resulta totalmente inexplicable. El perito médico judicial señala que en la fase aguda de la enfermedad, es decir, de máxima expresividad productiva y sin un tratamiento psicofarmacológico apropiado, sí pudo menoscabar su libre albedrío y añade a las aclaraciones que durante el período comprendido entre marzo de 1998 y abril de 1999, pudo tener su libre albedrío menoscabado de forma grave; ahora bien sus palabras no pueden interpretarse

al pie de la letra ya que el período que refiere es muy amplio, en el mes de marzo, en pueras de la boda y en el mes o meses posteriormente inmediatos, aunque la demandada había abandonado el tratamiento farmacológico no se produce fase aguda de la enfermedad, prueba de ello es que ni el Servicio de Tocología del Hospital de Basurto (folio 86), ni el Dr. José del Centro de Salud de Trespaderne (folio 90) notaron síntoma de enfermedad durante el período de embarazo, solo a los pocos días de dar a luz se produce un “cuadro clínico llamativo derivado del parto”, como señalan en los informes médicos, presentando las manifestaciones típicas de la paranoia, como la confusión, irritabilidad o las ideas delirantes celotípicas

centradas en su marido, con interpretación delirante. En consecuencia, no estando la demandada aquejada de un brote o crisis de su enfermedad, ni en el momento anterior, ni posterior inmediato a la prestación del consentimiento, ha de inferirse con cierta seguridad que no lo estaba en el momento mismo de la celebración del matrimonio, por lo que aunque hubiese abandonado el tratamiento y tuviese nula conciencia de su enfermedad no puede afirmarse que tuviese sus facultades mentales limitadas hasta el punto que le impidiesen prestar válidamente el consentimiento matrimonial, distorsionando la asunción de los derechos y deberes inherentes al matrimonio. Por lo que en este punto ha de revocarse la sentencia de instancia.

2. *Estimación de la demanda de divorcio al haber transcurrido más de un año desde la interposición de la demanda de separación contenciosa aun cuando posteriormente la esposa desistiera de la misma.*

AP SEVILLA, Sec. 6.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Núñez Ispa.

De lo actuado en el proceso y de la prueba practicada en el Rollo de apelación aparece que, con anterioridad promovió una demanda de separación por la señora, que durante el procedimiento desistió de la acción, lo que fue acordado por Auto de 19 de diciembre de 1998, sin que tal desistimiento procesal signifique por sí mismo la reanudación de la vida conyugal; separación de hecho que ha venido a confirmar la prueba testifical practicada en la apelación, significativa de que, desde junio de 1998 el actor inicial de este proceso convive en el mismo domicilio, libremente, con una señora. Prueba terminante que faculta a la interpretación literal de la norma 2.ª del art. 86 del Código Civil, con referencia a los primitivos autos de separación, que terminaron por Auto de

desistimiento, y no por resolución de fondo, por lo que es de tener en cuenta que ha transcurrido ampliamente el plazo de un año, con el cese no interrumpido de la convivencia conyugal desde la interposición de la mencionada demanda de separación, sin haber recaído (ni existir ya posibilidad jurídica de que ello suceda) resolución en la primera instancia; que no recayó porque a la propia señora entonces solicitante de la separación no le interesó continuar el proceso hasta su conclusión normal. Con esta prueba y esta correcta aplicación al caso planteado, y conforme también a los principios de la corrección y seguridad jurídico-procesal, corresponde desestimar la demanda de separación, y estimar la de divorcio vincular, con todas sus consecuencias legales.

3. *Dentro del número 1.º del art. 81, hay que incluir no sólo el supuesto en que ambos cónyuges pidan conjuntamente la separación, o uno con el consentimiento del otro, sino que también comprende la petición por separado cuando, en un proceso contencioso, el demandado formula reconvencción, o sin hacerlo explícitamente alega causas distintas imputables al contrario.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 7 de febrero de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Pilar Manzana Laguarda.

La Sala participa del pronunciamiento principal acordando la separación de los cónyuges sin imputación alguna de la causa respectivamente invocada en la medida en que como ya ha hecho en anteriores resoluciones zanjando la problemática al efecto considera que independientemente de la justificación de los hechos puntuales aducidos en la litis o de su trascendencia como causa legal de la separación postulada, lo que sin duda ha venido a evidenciar el tenor de los escritos cruzados en autos por la representación procesal de ambos cónyuges, la prueba practicada a su instancia y la misma coincidencia en solicitar la separación, es la irreversibilidad actual de la quiebra de la afectación matrimonial, lo que no puede por menos que justificar la separación judicial demandada en nuestro sistema legal que concibe la separación como un remedio para resolver la crisis matrimonial. En efecto, si bien en nuestro sistema legal la separación

puede ser consensual y causal, la primera de ellas, tal y como mantiene la jurisprudencia, no necesariamente tienen que implicar acuerdo en el motivo que la origina y menos cuál de los cónyuges ha dado lugar a ella, por lo que dentro del número 1.º del art. 81, hay que incluir no sólo el supuesto en que ambos cónyuges pidan conjuntamente la separación, o uno con el consentimiento del otro, sino que también comprende la petición por separado cuando, en un proceso contencioso, el demandado formula reconvencción, o sin hacerlo explícitamente, alega causas distintas imputables al contrario, y se muestra conforme con la estimación del pedimento relativo a la separación. Dado que es éste el supuesto de autos deberá estimarse la petición principal de la demanda en base al art. 81.1 del Código Civil, y sin necesidad, por tanto de entrar a valorar los incumplimientos que recíprocamente se imputan los accionantes.

II. PATRIA POTESTAD

1. *El desinterés mantenido por el padre respecto a su hija durante más de cinco años con abandono absoluto del deber de alimentarla justifica la privación de la patria potestad.*

AP A CORUÑA, Sec. 1.^a, Sentencia de 19 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Judea Prieto.

La doctrina jurisprudencial atinente a la facultad discrecional, aunque reglada, de apreciación de las circunstancias por consecuencia de la amplitud del contenido del art. 170 del CC y que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor de suerte que más que sanción es una medida tuitiva o de protección, es sobradamente conocida (SSTS 31 de diciembre de 1996, 5 de marzo de 1998, 23 de febrero de 1999, 24 de abril de 2000, etc.). En el presente caso, la resolución de privación de la patria potestad —siempre recuperable a tenor del propio art. 170— no puede, congruentemente, hacerse depender de la decisión que se anticipa sobre otras cuestiones subordinadas planteadas en la demanda. Los hechos probados son claros e incontestables: falta de ejercicio de la patria potestad de forma continuada e ininterrumpida durante más de cinco años (casi la totalidad de la vida de la menor Natalia), abandono absoluto de los deberes prevenidos en el art. 154 (incluido el alimenticio), desinterés pleno por la hija con quien no se ha mantenido ningún tipo de relación, y despreocupación completa e injustificada por su cuidado. Esta situación, acreditada testifical y documentalmente constituye objetivamente un quebrantamiento constante y grave de las obligaciones inherentes a la función, socialmente reprochable —no solo por su aspecto asisten-

cial— y exigente de respuesta apropiada, no otra que la extinción del derecho orientado en favor y servicio de los hijos y el que, *de facto*, se ha renunciado por la flagrante deserción de su núcleo institucional y la deslealtad con esa relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes nacidos no en interés del titular sino del sujeto pasivo.

En consideración a lo expuesto, entiende la Sala que el mantenimiento del *status quo* es perjudicial para la niña que ahora tiene seis años de edad; y, por contra, valorando los mismos vectores que la apelada (“grave abandono de la hija”, “caótica situación personal del demandado, endeudado y con ciertos problemas con juego y drogas, sin que ningún testigo pueda dar noticia de él desde hace cuatro años, ignorándose en consecuencia su paradero”, etc.) y que el riesgo al bien jurídico protegido proviene exclusivamente del ámbito de responsabilidad del padre, a quien es imputable (objetiva y subjetivamente) el resultado o clamoroso incumplimiento de la función de la patria potestad, estimamos que, más allá de la mera sanción, es beneficioso para la hija la privación pretendida en aseguramiento de su bienestar ante avatares eventuales y futuros, cuales, verbigracia, los sugeridos en sede de recurso.

2. *Al no quedar acreditado que el mantenimiento de la patria potestad pueda afectar negativamente en el futuro al menor no procede acordar la privación.*

AP MURCIA, Sec. 5.^a, Sentencia de 5 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando J. Fernández-Espinar López.

Según constante jurisprudencia —STTS de 23 de febrero de 1999 y 18 de noviembre de 1996, entre otras— la institución de la patria potestad se concibe “en beneficio de los hijos”, y por tanto se hace necesario para adoptar la medida solicitada, tener siempre presente el interés del menor, sin que su resolución pueda constituir una sanción al progenitor incumplidor sino, por el contrario, una medida en protección del niño.

Por tanto la doctrina jurisprudencial estima que no se trata de consagrar principio de igualdad de derechos de los progenitores, sino lograr la mejor protección del preponderante interés del descendiente, lo que configura la trascendencia que el interés del hijo cobra para el legislador, por encima que el de sus padres, que deben subordinarse a aquel, por lo que la privación de la patria potestad ha de estar basada en causas excepcionales, las cuales afecten de forma grave al menor, perjudicando seriamente su formación integral.

En definitiva, la privación solicitada, debe basarse en una sólida resultancia probatoria demostrativa, sin sombra de duda, del

perjuicio que para el hijo implica el que su padre siga ostentando la referida potestad, estableciendo la STS de 24 de abril de 2000 que la privación trata de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulta necesaria y conveniente para la protección de esos intereses.

En este supuesto la juzgadora de instancia, entiende de forma plenamente acertada, que ha quedado acreditada la desatención del padre de los deberes inherentes a la patria potestad, cuyo incumplimiento califica como constante y grave; no obstante desestima la petición con un criterio que se comparte, puesto que, según resolvió esta Sala en sentencia de 29 de noviembre 2001, no ha quedado justificado que el mantenimiento de la patria potestad del padre biológico, pueda afectar negativamente, en el futuro, al menor, por lo que las trascendentes y graves consecuencias que la medida irrogarían al menor, no deben adoptarse sin la plena seguridad de las consecuencias perjudiciales, que determinarían para éste, el mantenimiento de la patria potestad acordado en la sentencia de instancia.

III. GUARDA Y CUSTODIA

1. *Cambio de guarda y custodia dando cobertura legal a la guarda que de facto venía ejerciendo el progenitor no custodio.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 22 de enero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

La problemática que, a través del presente recurso, se somete a la consideración del Tribunal tiene su origen en la sentencia que, dictada en fecha 14 de septiembre de 1999, puso fin al procedimiento de divorcio de los hoy también litigantes, en la que, como efectos complementarios del nuevo estado civil, se acordó atribuir al esposo la custodia de la hija común, asignando a los mismos el uso de la vivienda familiar, amén del correspondiente régimen de visitas en pro de la madre y la fijación de la aportación económica de ésta en orden a la cobertura de las necesidades alimenticias de la referida descendiente.

A través de las actuaciones elevadas a la Sala, no se conocen otros datos justificativos de tal criterio decisorio que los recogidos en el segundo de los fundamentos jurídicos de dicha resolución, que hacía referencia a la falta de toda petición al respecto por la actora, frente al demandado que sí interesó el establecimiento de efectos complementarios.

En tal modo, y al parecer con el único respaldo formal del principio de rogación, fue asignada al hoy recurrente la guarda de la común descendiente, en contradicción con la situación existente desde la ruptura fáctica convivencial que, a mayor abundamiento, se sigue manteniendo en la coyuntura actual, sin que aquél haya instado la ejecución del citado pronunciamiento, es-

grimiendo, por el contrario, y según se desprende del pliego de posiciones presentado para ser absuelto por la esposa, un acuerdo con la misma para que la niña viviera con ella; y aun negada tal convención por la confesante, en cuanto origen de la situación al respecto existente, es lo cierto que ello revela o bien la incapacidad o imposibilidad del padre para asumir la función encomendada, o bien su falta de voluntad al respecto y, en todo caso, el reconocimiento por dicho litigante de la aptitud y condiciones de la madre para el ejercicio de tal cuidado cotidiano, como sistema más adecuado que el sancionado judicialmente, que ha acabado por revelarse, por el transcurso del tiempo, como vacío de contenido, ante la propia decisión de los progenitores.

Y sobre tales condicionantes, la sentencia de instancia, en un pronunciamiento plenamente acorde a las previsiones de los artículos 90 y 91, *in fine*, del Código Civil, en su necesaria conexión con el principio del *favor filii* que consagra el artículo 39 de la Constitución y desarrolla, en lo que al caso concierne, el artículo 92 del citado texto sustantivo, ha acabado por acomodar la regulación judicial de las medidas complementarias a la situación asumida por los litigantes desde el inicio de su ruptura convivencial.

En consecuencia no puede asumirse la tesis del recurrente que, en su exposición ante

la Sala, se ha limitado a invocar, de modo genérico, la vulneración de los citados artículos 90 y 91, pero sin entrar en el análisis de las concretas circunstancias que en el caso han concurrido, según lo antecedentemente argumentado, en súplica además de la revocación total de la sentencia de instancia, sin petición subsidiaria alguna, en la hipótesis de mantenerse por el Tribunal el sis-

tema de guarda materno, en orden a las medidas afectantes al régimen de visitas, cuantificación del derecho alimenticio o uso del domicilio familiar, y respecto de las que tampoco este Órgano *ad quem* encuentra motivos, no invocados específicamente por la dirección Letrada de dicho litigante, que pudieran abocar a su revocación, total o parcial.

2. *Atribución de la guarda y custodia del hijo próximo a cumplir la mayoría de edad a la madre, si bien se permite que éste pueda permanecer en el domicilio de la abuela, a la que la madre entregará la cantidad establecida para su alimentación.*

AP GRANADA, Sec. 3.^a, Sentencia de 19 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaró Lazcano.

La discrecional actuación del Juez en pro de los superiores intereses de los hijos, ya destacada por la legislación precedente (artículos 68 y 73), cobra todavía más relevancia en el texto actual, informado para todas las situaciones de separación, divorcio y nulidad del matrimonio por criterio primordial del *favor filii* (artículos 92, 93 y 94) (STS de 2 de marzo de 1983), debiendo los acuerdos sobre su cuidado y educación, ser tomados siempre en beneficio del menor, al que el Juez debe oír si tuviera suficiente juicio y preceptivamente si alcanzó los doce años, recabando si lo entendiere preciso, el dictamen de especialistas (artículo 92, párrafo 2 y 5) (STS de 31 de diciembre de 1982). Como, entre otros, tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de septiembre de 1996, no debe desconocerse el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de dere-

chos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar —artículo 158 del CC— se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la LO 1/1996, de 15 de enero (protección jurídica del menor), aplicable retroactivamente, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España. Que la discrecional actuación del Juez en pro de los superiores in-

tereses de los hijos, ya destacada por la legislación precedente (artículos 68 y 73), cobra todavía más relevancia en el texto actual, informado para todas las situaciones de separación, divorcio y nulidad del matrimonio por criterio primordial del *favor filii* (artículos 92, 93 y 94) (STS 2 de marzo de 1983), debiendo los acuerdos sobre su cuidado y educación, ser tomados siempre en beneficio del menor, al que el Juez debe oír si tuviera suficiente juicio y preceptivamente si alcanzó los doce años, recabando si lo entendiere preciso, el dictamen de especialistas (artículo 92, párrafo 2 y 5) (STS 31 de diciembre de 1982). En cuanto a los alimentos, la determinación de su cuantía proporcionada al caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe (artículos 146 del C. Civil), es facultad de la Sala de instancia (SSTS de 31 de diciembre de 1982 y 2 de mayo de 1983), debiendo decirse que a efectos de la fijación de alimentos lo que el artículo 146 del Código Civil tiene en cuenta, no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista,

puesta en relación, con el patrimonio de quien haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador de instancia (SSTS de 6 de febrero de 1942, 24 de febrero de 1955, 8 de marzo de 1961, 20 de abril de 1967, 2 de diciembre de 1970, 9 de junio de 1971 y 16 de noviembre de 1978). Aunque los intereses del menor, deben prevalecer sobre sus deseos, cuando estos últimos sean contrarios a los primeros, consideramos que en el supuesto enjuiciado, ambos pueden compaginarse, pues dada la edad de Lidia, nacida el doce de septiembre de 1984, la que por tanto, adquirirá su mayoría de edad, el doce de septiembre del corriente año y la proximidad de domicilio de la madre y la abuela paterna, puede perfectamente permanecer bajo la guarda y custodia de su madre, sin perjuicio de que puede permanecer, en los términos contenidos en la sentencia, en el domicilio de su abuela (de edad cercana a los setenta años) a la que la madre de la menor entregará la cantidad cifrada para su alimentación, ejercitando las funciones propias de la referida guarda y custodia.

3. *Habida cuenta que puede ser más perjudicial para el desarrollo de los menores el atribuirle la guarda y custodia a uno solo de los progenitores, acreditada la dependencia que cada uno de ellos ha desarrollado con el progenitor que convive, procede que cada hijo permanezca con un progenitor.*

AP SEVILLA, Sec. 5.^a, Sentencia de 25 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua.

Dado el carácter rogado de la jurisdicción civil y la aplicación del principio de la *reformatio in peius*, necesariamente el análisis que ha de realizarse en esta alzada de la presente litis, necesariamente ha de limitarse a los motivos de disconformidad que alega la parte recurrente.

Como ya tiene declarado esta Sala en resoluciones anteriores, la atribución de la custodia de los hijos menores de edad, es objeto de regulación en los artículos 92, 156 y 159 del Código Civil, este último, en su anterior regulación atribuía siempre la custodia a la madre, en el supuesto de menores

de siete años, salvo que hubiese motivos especiales que aconsejasen otorgarla al padre, dicha regulación fue reformada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, por aplicación del Derecho a la igualdad reconocido en nuestra Constitución, que nos dice: "Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírán, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años", como vemos no establece un criterio previo, sino que se tenga en cuenta el acuerdo de los padres y en defecto de esto, el Juez decida, teniendo en cuenta siempre el beneficio de los hijos, que es el único requisito, pero muy importante que ha de tenerse en la resolución de dicha cuestión; el artículo 92 establece para los supuestos de nulidad, divorcio y separación que las medidas judiciales que este tipo de procedimiento conlleva, relativas al cuidado y educación de los hijos, se adoptarán en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre que sean mayores de doce años, en definitiva si gran importancia tiene proteger el interés familiar, más importante es proteger el interés de cada uno de sus miembros, especialmente los más desprotegidos y que exigen los mayores cuidados y atenciones, como son los hijos menores de edad, y para ello ha de valorarse el ambiente más propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, volitivas y afectivas del menor, la convivencia con personas unidas con vínculos afectivos, la atención que pueden prestar al menor tanto en el orden material, como afectivo, las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor, teniendo en cuenta las que sean perjudiciales, la estabilidad en el empleo, el ambiente, etc., en definitiva exige tener en cuenta las mejores condiciones para el más pleno desarrollo del hijo, por supuesto en el momento de su adopción, como en cualquier modificación posterior.

En el presente supuesto la guarda y custodia discutida se refiere a los dos hijos del

matrimonio, Guillermo Jesús, nacido el día 20 de enero de 1988, y Dacil el día 3 de agosto de 1995, de modo que el día en que se practica la exploración de los mismos tienen 11 y 4 años de edad, respectivamente, ambos teniendo en cuenta su distinto nivel de desarrollo, en función de sus edades, desean continuar con el progenitor que en dicha fecha se encontraban, es decir, con el padre el hijo, y con la madre la hija, los informes sociales practicados por el Ayuntamiento de Dos Hermanas, teniendo en cuenta el desarrollo y la estabilidad de los menores aconsejan mantener la situación actual, no existe en autos ninguna prueba que indique que no es aconsejable que el menor continúe con el padre, no se acredita que este haya tenido conductas negativas hacia el mismo, al contrario los informes mencionados recomiendan mantener la situación actual y la prueba testifical que obra en autos por testimonio de la pieza de medidas, acreditan la perfecta situación del menor con su padre, aunque con esta medida como acertadamente razona el Juez *a quo* no se dé cumplimiento a todas las exigencias que establece el artículo 92 del Código Civil, especialmente por lo que se refiere a procurar no separar los hijos, pero en el presente supuesto puede ser más perjudicial para el desarrollo de los menores el atribuirle la guarda y custodia a uno de los progenitores, teniendo en cuenta la dependencia que cada uno de ellos ha desarrollado con el progenitor que convive, por todo ello procede confirmar las medidas acordadas, incluyendo el régimen de visitas, sobre el que entendemos que la parte apelante no muestra disconformidad, dado que en su escrito de contestación de la demanda no lo individualiza, y en el acto de la vista acepta que el padre tenga derecho de visita con la menor pero no ha concretado su motivo de disconformidad con el recogido en la Sentencia recurrida, que se considera correcto, especialmente por lo que se refiere a la menor, teniendo en cuenta la existencia de un procedimiento penal por un presunto delito de agresión sexual, del que en esta alzada se ignora su estado actual.

IV. RÉGIMEN DE VISITAS

1. *Procedencia de las visitas entre la abuela y la menor, ya que los problemas entre los adultos no pueden constreñir los derechos de la menor a relacionarse con su familia biológica, máxime cuando esa relación ya ha existido con anterioridad y ha sido estrecha y beneficiosa para la niña.*

AP MURCIA, Sec. 1.^a, Sentencia de 4 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader.

La sentencia de primera instancia estima la demanda planteada por la abuela de la menor para que se le fije un régimen de visitas, estableciendo como tal todos los sábados, desde las 10 a las 14 horas, adoptando determinadas precauciones para garantizar los intereses de la niña.

Contra ese pronunciamiento plantea recurso de apelación el demandado, padre de la menor, que sostiene que la frecuencia del régimen es inadecuada, insistiendo en la necesidad de practicar en esta alzada prueba pericial para determinar la salud mental de la abuela y su capacidad para relacionarse con la menor.

Al recurso se opone la apelada, que interesa la confirmación de la sentencia recurrida, aparte de presentar documentos nuevos. El Ministerio Fiscal no hizo alegación alguna.

Esta Sala, mediante auto de fecha 16 de diciembre de 2001, rechazó el recibimiento del pleito a prueba interesado por el apelante, aparte de inadmitir documentos presentados por la apelada con su escrito de oposición al recurso. A las razones allí dadas debe añadirse que no se aprecian motivos para dudar de la salud mental de la abuela o de su capacidad para relacionarse con la menor, sobre todo cuando está acreditado que ante-

riormente ya se ha ocupado de manera reiterada de la niña, durante la enfermedad de la madre de la misma, y cuando la sentencia adopta medidas precautorias, con la asistencia de profesionales en dichas visitas, que garantizan sobradamente los intereses de la nieta.

Planteado en dichos términos el debate, hay que negar fuerza alguna al informe psicológico elaborado a instancia del padre, que tan solo contiene dos entrevistas telefónicas de escasa duración, en la segunda de las cuales la abuela muestra unos lógicos celos al tratarse de un especialista nombrado unilateralmente por quien le está negando las visitas a su nieta. Ese informe no puede tener trascendencia alguna para justificar la disminución de la frecuencia de las visitas entre la abuela y la menor, y la Juez ya ha previsto la adopción de medidas cautelares suficientes, por medio de profesionales concertados o independientes, para reanudar las relaciones entre la nieta y su abuela, interrumpidas tanto tiempo por la negativa del padre. Los problemas entre los adultos no pueden constreñir los derechos de la menor a relacionarse con su familia biológica, máxime cuando esa relación ya ha existido con anterioridad y ha sido estrecha y beneficiosa para la niña.

2. *Unión a los fines de semana del día festivo inmediato posterior.*

AP A CORUÑA, Sec. 5.^a, Sentencia de 11 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio César Cibeira Yebra Pimentel.

El recurso queda circunscrito a la duración y extensión del derecho de visita del padre a su hijo menor, que la madre impugna en lo relativo al pronunciamiento de la sentencia que establece como facultad añadida en favor del padre —además de ampliarle el tiempo de relación con su hijo, los fines de semana que le corresponde, desde las veinte horas del viernes (antes era sólo desde esa hora del sábado a las 20 horas del domingo)— la de unir los festivos anexos, según calendario oficial a los fines de semana que le correspondan visita, en cuyo caso, de serlo en día de entrega al padre, la hora será a las 10 horas, y de coincidir el festivo el día de recogida por su madre, lo será a las 20 horas, sistema que no regirá, durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, reguladas en otros apartados de la resolución que se mantiene, alegando que esa ampliación del régimen de visitas paterno era algo que no había sido solicitado por ninguna de las partes, y, por su carácter de incongruencia, debe de ser suprimida.

La respuesta a la pretensión impugnatoria ha de ser negativa, en virtud de las siguientes consideraciones:

1.^a Ni siquiera se da en el caso una situación de propia y verdadera incongruencia en cuanto a la ampliación temporal de derecho de visita, pues el padre, en este aspecto, lo planteó incluso en términos de mu-

cha mayor duración, al haber pedido tenerlo en su compañía todos los miércoles del año desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas.

2.^a Esta última propuesta fue informada desfavorablemente por el informe psicosocial (al f. 92) en el sentido de que “dado el calendario escolar del niño, no parece conveniente introducir unas visitas intersemanales regladas”.

3.^a Con buen criterio, la juzgadora de instancia se acogió, como alternativa planteada en ese mismo informe, a la conveniencia mas beneficiosa para el niño (*favor filii*) de que éste pasara con el padre alguno de los festivos que coincidan durante el curso escolar, bien dividiéndolos o alternando cada curso.

4.^a La decisión de este cambio, adoptando la petición diversa, pero más amplia, del marido, respecto a la modificación del derecho de visita de éste, es perfectamente legal, al poder subsumirse una ampliación de este tipo, no verdaderamente sustancial respecto a lo pedido, en la norma del art. 91 del Código Civil, que, fuera de rigideces formales y en interés preferente de los hijos, concede al juez unas amplias facultades para modificar las medidas que atañan más directamente a estos, siempre que sean los procedentes para ellos conforme a lo dispuesto en el Código Civil, como sucedía en este caso.

3. *No procede que la madre abone los gastos de desplazamiento del hijo al lugar de residencia del padre para el desarrollo de la visita puesto que la distancia geográfica entre domicilios ya se conocía cuando se dictó la sentencia de separación y nada se pidió en este sentido.*

AP NAVARRA, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Goyena Salgado.

La presente litis tiene su origen en la demanda de divorcio, formulada por D. Alfredo frente a D.ª M.ª Belén, con intervención del Ministerio Fiscal.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda, decretando la disolución del matrimonio, con los efectos derivados de esta declaración y los establecidos en la sentencia de separación, de fecha 13 de septiembre de 1994, introduciendo una serie de modificaciones en lo relativo al régimen de visitas, y que por lo que al presente recurso interesa, supone: “Ambos padres costearán los viajes de la niña con ocasión de las visitas alternando ese coste e igualmente ambos se habrán de repartir la obligación de trasladar a M.ª Ángeles hasta los respectivos lugares de residencia de cada uno de los padres. Si nada acuerdan, el padre acudirá a recoger a la niña al inicio de las visitas, costeando cada uno de ellos los viajes que realicen”.

Frente a dicha resolución interpone el presente recurso de apelación D.ª M.ª Belén, impugnando en su escrito de anuncio los pronunciamientos relativos a la forma y modo de costear los traslados de la hija común, así como en cuanto al régimen de visitas, si bien, posteriormente al formalizar el recurso, únicamente mantiene el recurso contra los dos primeros pronunciamientos impugnados.

La sentencia de instancia, como cuestión novedosa no planteada en la separación y apreciando razones de equidad para que no recaiga en uno solo de los progenitores la

carga de efectuar los traslados y de costearlos, establece unas modulaciones al régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio —que en este extremo modifica lo resuelto en la sentencia de separación— consistentes en que ambos padres deberán costear, alternativamente, los viajes de la niña M.ª Ángeles, con ocasión de las visitas, así como trasladar cada uno a la misma desde su residencia a la del padre y desde la de éste a la de la niña, una vez de vuelta y finalizada la visita.

Vistas las alegaciones de las partes y razón expuesta por la juzgadora de instancia, la Sala no comparte dicha solución y ello por las siguientes consideraciones:

a) La calificación como novedosa, en cuanto que no surgió al momento de la separación, derivada de la diferente localización geográfica de los domicilios de los progenitores, y en lo afectante al régimen de visitas, es relativa, pues ya en el Auto de Medidas Provisionales de 18-4-1994, confirmado en la sentencia de separación, ya se tenía en cuenta a la hora de establecer el régimen de visitas la situación existente y la distancia geográfica.

Igualmente en la sentencia de 13-5-1995, dictada por esta Sección, resolviendo el recurso de apelación contra la sentencia de separación, se tiene en cuenta la distancia entre Benavente (Zamora) —residencia de la madre— y Cizur —residencia del padre—.

En la actualidad la modificación geográfica radica en que el padre ha fijado su residencia en Hecho (Huesca).

b) Pudo entonces plantearse la cuestión y no se hizo, acerca del coste y modo de efectuar los traslados de la hija común, y véase al respecto la prevención que establece el art. 222.4 de la LEC, sobre la cosa juzgada.

c) Ciertamente, como apunta la parte recurrente, en la demanda de divorcio, el apelado-actor tan solo solicitaba que se abonaran los gastos de desplazamiento de la menor, para ejecutar el régimen de visitas, a medias por ambos progenitores.

En consecuencia la fórmula adoptada por la sentencia de instancia, relativa a que los traslados deberán ser realizados, alternativamente por uno u otro progenitor, no tiene respaldo en que lo haya pedido una de las partes, incurriéndose, por tanto, en incongruencia por *ultra petita* (art. 218 de la LEC).

d) La solución adoptada, aun sustentada en la equidad, no puede ser acogida, salvo común acuerdo de las partes —sin duda siempre más deseable, práctico y eficaz para la hija—, ya que supone trasladar la carga o parte de ella, que supone el régimen de visitas, más allá de lo previsto, al progenitor que no ostenta dicho derecho por ser quien tiene la guarda y custodia.

No hay que perder de vista que, tal como se configura el derecho de visitas en el art. 94 del Código Civil, a la par que un derecho del progenitor, que no tiene la guarda y custodia, a relacionarse con los hijos habidos del matrimonio, es también una obligación derivada de la patria potestad, que implica la carga de hacerlo efectivo, respecto de lo que al otro progenitor compete la carga de facilitar y aun fomentar dicha relación, en aras al superior interés de los hijos menores, pero no asumir el coste económico que el ejercicio de tal régimen implica, ya sea en cuanto a costear los traslados como, por ejemplo, comida, espectáculos, actividades, etc., a que quisiera llevar el progenitor en ejercicio de dicho régimen de visitas.

Lo mismo cabe decir en cuanto a la no imposición de la obligación de llevar o traer al hijo, por parte del progenitor no titular del régimen de visitas.

No hay que perder de vista, dentro de la relatividad que las circunstancias de la vida imponen, que la decisión de residir en uno u otro lugar los progenitores, no deja de ser una decisión voluntaria, y que si bien, a veces, viene impuesta, como decimos por las circunstancias familiares, de trabajo, etc., también a veces es parcialmente solucionable, buscando una localidad más cercana, donde pueda compatibilizarse dicha distancia geográfica con las otras circunstancias ya indicadas.

En todo caso hay que señalar que no obra en autos prueba acerca de que la ubicación del domicilio del actor, Hecho, obedezca a otras razones que las voluntarias o de oportunidad.

Ahora bien, no es ajena la Sala a la dificultad que supone la distancia geográfica, cuando como en el caso presente no es desdeñable, para la efectividad del régimen de visitas. Pero partiendo de que la dificultad que apuntamos no equivale a imposibilidad, nos inclinamos, más que por trasladar cargas económicas y personales al progenitor no titular del régimen de visitas, por la flexibilización de dicho régimen, en los términos que ya se derivan de la sentencia de divorcio, ampliando y facilitando el régimen habitual e incluso, si ello no fuera suficiente y acreditándolo, ampliando el mismo, a lo que, dentro de la razonabilidad que impone el mayor interés del menor y el ejercicio de la guarda y custodia por la madre, debe ésta colaborar y favorecer, procurando siempre buscar fórmulas de común acuerdo entre los progenitores, si realmente tienen buena voluntad y desean el bien de la hija menor.

Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso interpuesto y con revocación parcial de la sentencia, dejar sin efecto las previsiones que en la misma se hacen en orden al soporte conjunto de los costes de traslado de la hija, con ocasión del régimen de visitas y del modo de traslado alternativo de la hija menor.

4. *Fijación de un régimen de visitas restrictivo ya que el interés y la predisposición del padre para estar con sus hijas son muy escasos.*

AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Marcelino Rodríguez Rosales.

La madre apela la sentencia al considerar incongruente y excesivo el régimen de visitas reconocido al padre. En esta materia no puede darse incongruencia porque el juez decida sin ajustarse a lo que pidan las partes, pues es materia de orden público en la que prevalece el interés del menor. Es lo que se deduce de los arts. 158, 159 y 160 del CC. También del 92 y 94, que regulan una situación idéntica a la aquí enjuiciada. Es además el principio fijado por el art. 2.º de la Ley del Menor.

La actora no solicitó en su demanda que se fijara un derecho de visitas para el padre, a quien pedía que se privara de la patria potestad, quien sin embargo sí pidió en su contestación que se le dejase estar con sus hijas dos veces a la semana en periodos de dos horas (martes y jueves de cinco a siete de la tarde). El examen de los autos revela que la petición debe ser atendida en parte, reduciendo el derecho de visitas a lo que pide el interesado. El Servicio Andaluz de Salud remitió un informe el 25 de abril del año pasado en que dictamina que Elisabeth tiene miedo a su padre, a su comportamiento agresivo con la madre, a quien no quiere ver porque cree que no la quiere. Consideraba que había que hacer lo posible para separar la relación de la madre con el padre de la de éste con la hija.

El estudio de la psicóloga y la trabajadora social del juzgado expone la falta de trauma tanto en Elisabeth como en Zara por la inexistencia de relación con su padre, a quien no echan de menos; así como que éste tampoco parece dispuesto a asumir su responsabilidad y la necesidad o conveniencia de restablecer unas relaciones más profundas con ellas, a las que solo ve esporádicamente. Señala la utilidad de un régimen de visitas, a presencia de la madre si los litigantes consiguen olvidar su conflicto en ese momento.

El interés y la predisposición del padre para estar con sus hijas son muy escasos, según se deduce de la contestación a la demanda y del informe psicológico. No conviene imponerle, por ahora, más de lo que está dispuesto a asumir, cuando tampoco la otra parte lo pretende. Por ello el horario debe ajustarse a lo solicitado. La presencia de la madre ya no es necesaria, dada la reducción de las horas y la edad de las hijas, nacidas en 1992 y 1997, pues durante este poco tiempo el padre puede atenderlas perfectamente. Tampoco aportaría ninguna ventaja, dada la mala relación entre los padres. El informe psicológico desvela que gran parte del apartamiento de las hijas con respecto a su padre y su indiferencia obedece al influjo de la clase de relación que han visto entre sus padres y a lo que la madre les ha transmitido.

V. VIVIENDA FAMILIAR

1. *No atribución del uso de la vivienda familiar cuando ésta está ocupada por la hermana del esposo que es propietaria, junto con éste, del 50% del inmueble.*

AP MADRID, Sec. 24.^a, Sentencia de 6 de febrero de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen García de Leaniz Cavallé.

La sentencia que declaró la separación matrimonial de los litigantes con las medidas que se contienen en su parte dispositiva es recurrida en apelación por la representación procesal de doña María de los Ángeles interesando la parcial revocación de aquélla y nueva resolución en la que se atribuya el derecho al uso y disfrute de la vivienda familiar sita al hijo nacido del matrimonio de los litigantes y a la recurrente que lo tiene en su compañía, ordenando el desalojo de la actual ocupante, se le reconozca el derecho a percibir pensión compensatoria con cargo a la contraparte por importe de 40.000 ptas. por un período de dos años y se establezca un régimen de visitas del progenitor no custodio con el menor que comience a las 10,00 horas del sábado y no a las 17,00 horas del viernes en fines de semana alternos. La parte apelada, oponiéndose al recurso formalizado de contrario, solicitó la confirmación de la resolución combatida.

En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 96 del CC y art. 39 de la CE. Entiende la recurrente que la atribución a su favor de la custodia del hijo común implica automáticamente el derecho de uso y disfrute de la vivienda conyugal para el citado menor y el progenitor que queda en su compañía independientemente del derecho que sobre la citada vivienda puedan tener terceros ajenos a ese estricto núcleo familiar.

De la prueba propuesta y practicada resulta acreditado, en extremos que pese a la denuncia del recurrente han sido indudablemente tenidos en consideración por la Juzgadora de instancia para concluir en los términos que ahora se combaten, que cuando los litigantes contrajeron matrimonio en septiembre de 1996 se instalaron en la vivienda propiedad del esposo y de la hermana del mismo al 50%; ha quedado igualmente acreditado que la citada hermana del ahora apelado se instaló en el mes de marzo de 2000 en el citado domicilio permaneciendo en el mismo también la recurrente, y no obstante la presentación de la demanda de separación en abril del citado año, hasta el mes de agosto de 2000, fecha en la que se traslada con su hijo a la casa de su madre.

En puridad jurídica, si a la recurrente se le otorga la custodia del hijo menor y mientras duró la convivencia matrimonial el domicilio conyugal fue el que ahora resulta objeto de discusión, la consecuencia lógica, y desde luego la más sencilla, sería acceder parcialmente a lo solicitado, estimando en tal sentido el motivo.

Ahora bien no puede ignorar la Sala, y desde luego tampoco la recurrente, que a la fecha de esta resolución, en la citada vivienda está instalada desde ya casi dos años atrás quien resulta ser la copropietaria del piso, ajena formalmente a esta litis matrimonial y

respecto de la cual no puede adoptarse medida alguna como el pretendido desalojo, por cuanto se estaría claramente quebrantando el principio constitucional contenido en el art. 24 del CC, condenando en este procedimiento a quien no ha podido ser parte en el mismo.

Sentado lo anterior y considerando que ni se podría garantizar el derecho de ocupación del cónyuge e hijos que queden en su compañía (finalidad última del derecho previsto

en el art. 96 del CC como ha establecido el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 4 de abril de 1997, y las que en ella se citan) ni, desde luego, la aplicación estricta del precepto que se dice denunciado, salvaguardaría la estabilidad del menor que exige como aspiración suprema la norma, creando en definitiva una situación de imposible convivencia, la sentencia que concluyó con la no atribución de la vivienda a ninguna de las partes debe ser confirmada.

2. Admisibilidad de atribuir el uso de viviendas distintas de la familiar.

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Sentencia de 7 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España.

Por lo que respecta a la otra vivienda que no constituye el domicilio conyugal y cuyo uso ha sido atribuido al esposo, cabe decir que perfectamente puede el Juzgador de instancia atribuir dicho uso, toda vez que existiendo dos viviendas, aun cuando una de ellas no sea la que constituye el domicilio conyugal, dado que con las mismas se puede subvenir a amparar las necesidades que am-

bos cónyuges pueden tener respecto a tan elemental necesidad, puede y debe el Juzgador acordar lo procedente respecto de las mismas, máxime cuando el Juez puede acordar lo procedente sobre la administración, que conlleva que con mayor razón lo pueda hacer en orden al uso, procediendo por ello la desestimación del recurso en este punto.

3. Si el esposo venía obligado a abonar el 50% de las cuotas de la hipoteca, el hecho de que la esposa haya cancelado anticipadamente el préstamo no le exime de seguir abonando dicha cantidad.

AP ALBACETE, Sec. 1.^a, Sentencia de 12 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José García Bleda.

Por la representación de D. Luis, apelante en esta alzada, solicita revocación del Auto dictado en fecha 29 de octubre de 2001

por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de 1.^a Instancia número 2 de Albacete y que se dicte otra en virtud del cual se deje sin efecto la

reclamación dineraria de 124.115 pesetas acordada por el Juzgado.

La cuestión esencial objeto de controversia entre las partes radica en establecer si 10.000 pesetas del global de 45.000 pesetas que viene satisfaciendo mensualmente el demandado lo son en concepto de amortización de su parte del préstamo hipotecario que se concertó sobre la vivienda familiar o lo son para satisfacer el 50% del importe de la mensualidad del colegio y APA de uno de los hijos. Al respecto ha de indicarse que la obligación de contribuir en el 50% del importe mensual de amortización del préstamo hipotecario lógicamente no se extingue por el hecho de que la esposa haya decidido unilateralmente cancelar dicho préstamo, pues si lo ha hecho con dinero de su exclusiva propiedad tiene derecho a que se le resarza en la mitad de dicho importe si bien no puede modificar unilateralmente las iniciales condiciones de exigibilidad de la deuda que representaba el 50% del crédito a cargo del esposo, por lo que si no le es dable unilateralmente exigir el vencimiento anticipado del crédito que se pactó se haría en amortizaciones mensuales tampoco el esposo puede entenderse unilateralmente liberado de

abonar las cuotas mensuales y, en consecuencia, es obvio que tampoco cabe imputar las referidas 10.000 pesetas mensuales a un concepto distinto que también le es exigible —pago del 50% de los gastos de colegio y APA del hijo que asiste en régimen de pago— y asimismo por tanto tampoco cabe entender que si no satisfizo las 10.000 pesetas durante los meses de julio y agosto fue porque al no pagarse la mensualidad en dichos meses por vacaciones no estaba obligado a tal gasto extraordinario, pues realmente el pago de las 10.000 pesetas como se ha explicado anteriormente lo es en concepto de amortización del préstamo hipotecario. Lo anterior exige concluir que no se había pagado la parte correspondiente de las mensualidades de colegio y por tanto son correctos los cálculos efectuados por el Juzgador de instancia en función de las cantidades globalmente pagadas por el demandado en la fecha que se dictó el Auto, ahora recurrido, y por tanto debe seguirse el apremio por la cantidad establecida, sin perjuicio de descontar si con posterioridad se hubiera hecho algún pago a cuenta que no consta a la Sala en el momento de dictarse la presente resolución. Razones que exigen desestimar el recurso.

4. *Teniendo en cuenta que el uso de la vivienda familiar se atribuye al esposo, se encuentra pertinente que él mismo se haga cargo del abono del préstamo hipotecario sin que su pago dé derecho posteriormente a incluir un crédito a su favor por este concepto en la liquidación de la sociedad de gananciales.*

AP LEÓN, Sec. 2.^a, Sentencia de 28 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto-Francisco Álvarez Rodríguez.

En cuanto a los pronunciamientos relacionados con la carga hipotecaria, debemos partir de que constituida la misma sobre el que fuera domicilio conyugal, su amortiza-

ción y pago de intereses entra dentro del concepto de “levantamiento de las cargas familiares” y de “cargas del matrimonio” a que, respectivamente, aluden los artículos

103 y 91 del Código Civil, a las que, en principio, deben contribuir ambos cónyuges por mitad, cuando, como sucede en el presente caso, la vivienda es propiedad en común y proindiviso de ambos cónyuges.

El nivel de ingresos del marido y la falta de ellos en la mujer justifican en este caso concreto la alteración del referido criterio y que sea sólo el primero el que corra con dicha carga, a lo que, por lo demás, su representación no se opone.

Con lo que discrepa, como queda dicho, es con que al tiempo de liquidar la sociedad de gananciales no se la reconozca sobre la misma el correspondiente derecho de crédito. El artículo 1398 del Código Civil ampara, de alguna manera, esa su pretensión, en cuanto establece que el pasivo de la sociedad, entre otras partidas, estará integrado por el “importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyen créditos de la sociedad contra éste”. Ello no obstante, hemos de tener en cuenta que no nos encontramos en el trance de liquidar la sociedad de gananciales y sí en el de fijar las

medidas definitivas que, conforme al artículo 91 de dicho cuerpo legal, deban regir la separación matrimonial y entre las que se encuentra la relacionada con las cargas del matrimonio. No existiendo obstáculo legal alguno para, al tiempo de proveer sobre tales cargas, imponer alguna a cargo exclusivo de alguno de ellos si así lo justifican las circunstancias.

Podría, en efecto, haberse impuesto la carga a ambos cónyuges, mas ello habría dejado reducida la cantidad real de la pensión compensatoria a mínimos, insuficientes para que la esposa pudiera salir adelante. Podría igualmente accederse a lo que pide el recurrente, mas ello destruiría el equilibrio conseguido tras la cuantificación de dicha pensión y la imposición al esposo del contribuir en exclusiva a la amortización del préstamo hipotecario.

La negación del derecho analizado al esposo es acorde a la concreta entidad de la pensión compensatoria y compensa la atribución al mismo y hasta que se liquide la sociedad conyugal de la que fuera vivienda familiar, debiéndose, en consecuencia, desestimar el recurso analizado.

VI. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Obligación de los hijos de abonar por partes iguales el coste que supuso la permanencia de la madre en una residencia geriátrica una vez descontada la cantidad que percibía la madre.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 8 de enero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

La sentencia que ha denegado la pretensión del actor de que se obligase al demandado a contribuir a los alimentos que preci-

saba la madre de ambos, ha sido recurrida en apelación por la parte demandante invocando, como primer motivo, la incongruen-

cia de la sentencia, al apreciar de oficio una falta de legitimación activa no invocada por la parte demandada ni concurrente en el caso de autos y, en segundo lugar, por la vulneración de lo que establece el artículo 269 del Código de Familia de Cataluña en relación con el derecho de repetición del alimentante por los alimentos prestados al alimentista, contra el codeudor de los mismos. La parte demandada solicita la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

Con la demanda se han ejercitado por el actor dos acciones acumuladas, derivadas de una misma causa de pedir: la de prestación de alimentos provisionales derivada del artículo 260 del Código de Familia, ejercitada por el actor en nombre de la madre de ambos litigantes, de quien tenía atribuida la tutela, y la de repetición de la cuota correspondiente al demandado de los alimentos prestados por el actor, alimentante mancomunado y cotitular en tal concepto de la obligación de alimentos para con la madre, desde la fecha del internamiento de la misma en un centro geriátrico. Tales pretensiones requieren para su prosperabilidad la acreditación del vínculo de parentesco del que dimana la obligación de prestar alimentos, la acreditación de la situación de necesidad de quien los postula, la disponibilidad de medios de los obligados a prestarlos y, por lo que se refiere a la acción de repetición, la realización efectiva de los pagos que reclama por este concepto y el requerimiento judicial o extrajudicial al demandado para el cumplimiento de la obligación (arts. 259 a 269 del Código de Familia de Cataluña).

En el caso de autos la sentencia de instancia ha tenido por probado la existencia del vínculo de parentesco y la situación de necesidad, mas no ha reconocido al actor la legitimación para efectuar la reclamación ni respecto a alimentos futuros que habrían de devengarse desde la interpelación judicial, ni respecto a los ya consumidos.

Los hechos probados en el presente litigio que son relevantes para el enjuiciamien-

to y que han sido omitidos por la resolución que se impugna, son los siguientes: a) la madre de los litigantes fue diagnosticada del mal de Alzheimer, en grado severo, el 12.6.1998, estando al cuidado del actor; b) ante la agravación de la enfermedad y la necesidad de procurar a la misma cuidados constantes, el actor decidió su internamiento en una residencia geriátrica, que se llevó a efecto el 16.11.1998; c) el coste de la mensualidad de la residencia ascendía a la cifra de 128.400 ptas. mensuales, que no podía cubrirse con la pensión de 40.780 ptas. que tenía reconocida la enferma, por lo que el demandante, desde dicha fecha, asumió el pago de la diferencia, que arrojaba un saldo de 87.650 ptas. mensuales; d) ante el distanciamiento y falta de colaboración natural de los dos hijos en dar una solución razonable a las dificultades de la madre, el actor reclamó a su hermano la mitad de la cuota de la diferencia del coste de la residencia geriátrica, mediante carta certificada de 24.2.1999, reiterada mediante telegrama de 18.3.1999 y efectivamente recibida por el demandado el 26.2.1999, tal como resulta del certificado que obra al folio 19 de los autos; e) ante la oposición del demandado a reconocer su obligación, que fue comunicada por carta al actor, por razón de no disponer de medios suficientes (folio 21), el demandante promovió acción de incapacitación en el mes de septiembre de 1999, que finalizó por sentencia de 28.3.2000 en la que se declaró la incapacidad de la madre de los litigantes, siendo nombrado tutor el hijo que la había tenido a su cargo, Manuel; f) el 13 de octubre de 2000 se insta por el actor la presente acción, por la que se pretende el reconocimiento de la obligación de alimentos para el futuro a cargo del demandado, así como la repetición de la mitad de lo pagado desde la fecha del ingreso en la residencia geriátrica, el 16.11.1998; g) al formular su contestación, el demandado ofrece el pago de 10.000 ptas. mensuales, pero se opone a satisfacer mayor cuantía por falta de medios, alegando que tiene mayores gastos familiares que el actor; h) en fecha

17.12.2000 fallece la madre de los litigantes; g) en el escrito de resumen de pruebas el actor concreta la reclamación en la mitad de lo que pagó desde el ingreso de la madre en la residencia geriátrica hasta su fallecimiento, y el demandado insiste en que se imponga una mayor proporción al actor en la carga común.

La sentencia dictada en primera instancia adolece, en efecto, de defecto de incongruencia del artículo 218 de la LEC, puesto que aprecia de oficio la falta de legitimación activa del actor que en ningún momento ha sido opuesta por la parte demandada, quien en todo momento ha reconocido el carácter con el que interviene el demandante en el litigio e incluso ha reconocido la obligación y la deuda, allanándose parcialmente a la demanda y circunscribiendo su discrepancia únicamente a la distribución proporcional de la carga alimenticia.

Es cierto que la legitimación es una cuestión procesal, que debe ser apreciada de oficio por el Tribunal cuando se refiera a presupuestos esenciales del procedimiento, como lo es la capacidad (*ex* artículo 9 de la LEC). Mas en el caso de autos el actor se encontraba plenamente legitimado para reclamar alimentos en nombre de su madre, por ser el guardador de hecho de la misma (artículos 253 y 257 del Código de Familia de Cataluña), en una primera época, y haber sido nombrado tutor por resolución judicial firme, cuyo nombramiento vino a convalidar los actos realizados desde que asumió de hecho las funciones tutelares. Así es como interviene en el litigio, tal como se expresa en el párrafo que encabeza la demanda, sin que la circunstancia de que en el poder por el que se otorga la representación procesal al procurador interviniente se omitiera tal condición pueda ser causa obstativa para el ejercicio válido de la acción, toda vez que se trata de un defecto subsanable que, en todo caso, ha sido clarificado por las actuaciones posteriores y el reconocimiento de la condición con la que actúa por el propio demandado.

No obstante lo anterior, es de resaltar que la circunstancia sobrevenida del fallecimiento de la beneficiaria de los alimentos ha condicionado la naturaleza del derecho primitivamente ejercido, puesto que la reclamación de alimentos futuros ha quedado integrada en la acción de repetición de los ya pagados por el actor, cuya pretensión ejercita en nombre propio, para lo que está plenamente legitimado por pertenecerle directamente el derecho que se declara y define el artículo 269.1 del referido Código de Familia, al establecer que la persona que soporta los alimentos directamente, si quien resulte obligado no los presta, se subroga en el derecho del alimentista y puede repetir contra aquél o sus herederos las pensiones del año en curso y las del anterior a la fecha de la reclamación, lo que determina que el recurso debe ser acogido.

Respecto al fondo del litigio, imprejuizado en la primera instancia, es de considerar que la obligación del demandado de contribuir a las necesidades alimenticias de la madre ha quedado plenamente de manifiesto de las pruebas practicadas y en especial por el propio reconocimiento del mismo. Las discrepancias a resolver son dos: a) la cuantía de la cuota que corresponde a cada uno de los hermanos, en proporción a sus respectivas posiciones económicas (artículo 264.1 del CF), y b) la fecha de exigibilidad de la prestación. Por lo que se refiere a la cuantía, las necesidades de la madre debieron ser soportadas por los dos hermanos en similar proporción, puesto que los ingresos de uno y otro son también de parecida cuantía (211.314 ptas. el demandado y 185.559 ptas. el actor), diferencia que queda paliada por las mayores cargas familiares del demandado, pero que también comparte con su esposa.

En cuanto a la fecha de retroacción de la prestación alimenticia, la realidad impone en determinados casos que la reclamación judicial se demore por la conveniencia de agotar la vía amistosa en la resolución de este tipo de conflictos, de especial sensibili-

dad habida cuenta de los intereses en juego. En este sentido el artículo 262 del Código de Familia de Cataluña ha introducido, respecto a la regulación del Código Civil, una importante novedad, fruto del análisis de la experiencia de las relaciones sociales aludidas, que permite retrotraer los efectos del devengo de la deuda alimenticia a 1.ª fecha de la reclamación extrajudicial. Habiéndose producido ésta en el mes de febrero de 1999, es a la siguiente mensualidad a la que ha de referirse la exigibilidad de la obligación puesto que, aun cuando el internamiento de la madre en la residencia geriátrica se produjo en noviembre de 1998, no existe cons-

tancia de que el actor notificase a su hermano de forma fehaciente la necesidad de tal medida, ni tampoco la necesidad de atender el pago de la diferencia del coste de la residencia, como debería haber hecho habida cuenta de la ruptura de las relaciones personales entre ambos.

En consecuencia debe estimarse la demanda, con la concreción de la deuda respecto al período referido, sin que la expresada matización sea determinante para exonerar al demandado del pago de las costas de la primera instancia, de conformidad con el artículo 394 de la LEC.

2. *No acreditado que el bajo rendimiento escolar haya sido producido con carácter voluntario por parte del hijo y sí por problemas físicos y personales del mismo, es procedente mantener la pensión alimenticia fijada para que intente reanudar su carrera universitaria.*

AP PALENCIA, Sentencia de 4 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Muñoz Delgado.

La cuestión litigiosa en el presente incidente de modificación de medidas de separación conyugal versa sobre la cuantía de la pensión alimenticia decretada con cargo al padre y a favor de la hija del matrimonio, que el juzgador de instancia eleva hasta las 30.000 pesetas mensuales desde las aproximadamente 20.000 pesetas que se venían satisfaciendo, producto de aplicar el IPC anual a la suma de 15.000 pesetas judicialmente establecida en 1993. Dicho pronunciamiento es impugnado por el padre demandado, que argumenta no puede atender tal cantidad puesto que en comparación con la situación de 1993 sus necesidades se han visto incrementadas, al tiempo de que los estudios universitarios de la hija suponen un

mero capricho injustificado, puesto que ha perdido la beca que en su día se le concedió ante su nulo rendimiento durante dos años continuados.

Planteada en tales términos la alzada, cabe precisar en primer lugar que a tenor de la certificación remitida por la entidad pública empleadora del recurrente, este durante el año 2000 percibió unos ingresos brutos de 2.170.294 pesetas, lo que supone aproximadamente un 20% a mayores sobre la cantidad que cobraba en 1993. El informe emitido por el Ayuntamiento desvela convive con una hermana, y el mismo en confesión judicial admite dicha convivencia y que es esta “quien hace frente a los gastos de la casa,

como venía haciendo con anterioridad a su separación”, así como que el turismo cuya compra motivó concertare un préstamo el hoy apelante “fue adquirido por su hermana, quien lo utiliza diariamente para desplazarse a su lugar de trabajo...”. En definitiva, su situación económica no ha experimentado empeoramiento alguno desde que en 1993 se revisó la pensión inicialmente decretada en la sentencia de separación elevándola a 15.000 pesetas mensuales.

Por otra parte la hija del matrimonio ha tenido un rendimiento escolar absolutamente normal durante el bachiller, sufriendo un bajón al ingresar en la Universidad que en la demanda se atribuye a problemas físicos y personales que justifica con un informe médico y determinaron la pérdida del primer curso y de la beca que le fue concedida. Ninguna prueba se ha articulado por el demandado tendente a demostrar que el bajo rendimiento académico haya sido producto de nula aplicación o voluntario proceder y no de la problemática antes citada, encon-

trándonos con que dicha hija ha vuelto a matricularse contando con 19 años a la fecha de interposición de la demanda rectora del procedimiento, por lo que parece razonable intente reanudar su carrera universitaria sin que ello pueda reputarse abusivo en relación a la situación económica de los progenitores. Como es lógico tales estudios conllevan unos gastos de desplazamiento a Valladolid, matrícula, libros, etc. que unido al normal incremento de las necesidades de ocio y vestido experimentadas por la hija (que ha pasado de los 12 a los 19 años), nos hacen reputar acertado el criterio del juzgador de instancia cuando cifra en 30.000 pesetas la pensión mensual, suma que parece asumible sin demérito de su propia subsistencia en condiciones de dignidad por el demandado (que recordemos en el año 2000 percibe 180.857 pesetas brutas al mes y convive con su hermana en las condiciones antes citadas). Confirmamos por tanto la sentencia impugnada con desestimación del recurso.

3. *Admisibilidad de fijación de una pensión alimenticia entre cónyuges después de haber mediado una separación de hecho entre ellos.*

AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María del Pilar Muriel Fernández-Pacheco.

Doña Virginia promovió juicio verbal contra su marido Don Pedro en solicitud de alimentos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 142 y siguientes del Código Civil, alegando que la convivencia conyugal había cesado en 1973, habiendo subsistido gracias a la caridad de amigos y familiares, así como trabajos eventuales, careciendo en la actualidad de los medios mínimos indispensables para su sustento. El demandado se opuso a la demanda alegando que la convi-

vencia se interrumpió en el año 1971, así como que fruto del matrimonio son dos hijos, en lugar de los tres que se dice en la demanda y exponiendo los ingresos que percibe y gastos que ha de cubrir con los mismos considera que carece de medios para afrontar la obligación alimenticia exigida por la actora, invocando los artículos 3.º y 7.º del Código Civil, en cuanto a la interpretación de las normas y la prohibición del abuso de derecho.

Por el Juzgado se dictó sentencia desestimatoria de la demanda, con fundamento en que la actora no había acreditado la ausencia de medios económicos que le habilite y legitime para la obtención de la pensión alimenticia reclamada, destacando la no asistencia de la misma al acto de la vista. La actora apeló el pronunciamiento desestimatorio de su demanda.

En esta segunda instancia se ha admitido la prueba documental propuesta y acompañada al escrito de interposición del recurso; dicha prueba consiste en un informe de la directora del Albergue Covadonga y partes médicos, que justifican de modo suficiente, a juicio de este Tribunal, la no asistencia de la actora al acto de la vista del juicio y acreditan la situación, que puede calificarse de crítica en todos los aspectos, incluido el económico, en que la misma se encuentra, que la constituye en acreedora de alimentos frente a su esposo, a lo que no empece el largo período de separación de hecho de los cónyuges, dado que el artículo 144 del Código Civil designa al cónyuge como primer obligado a prestarlos, y esta obligación sub-

siste mientras no se disuelva el matrimonio por alguna de las causas taxativas reguladas en el artículo 85 del mismo cuerpo legal.

En la demanda se cifra la prestación alimenticia que se reclama en 30.000 pesetas mensuales. El demandado, en el acto de la vista, expuso su situación económica, acreditando sus ingresos, en orden a las 121.000 pesetas mensuales, así como sus gastos consistentes en la pensión alimenticia que ha de pasar a dos hijos, que asciende al 30% de sus ingresos, gastos de alojamiento por importe de 35.000 pesetas, gastos de transporte a su lugar de trabajo, que suponen unas 20.000 pesetas, lo que evidencia a su entender que carece de medios para afrontar la obligación alimenticia. La suma de los gastos alegados alcanza la cantidad de 81.300 pesetas, lo que implica que para satisfacer el resto de sus necesidades dispone de menos de 40.000 pesetas. Ponderando la situación de ambas partes, la Sala estima que la cantidad con la que puede el demandado cumplir su obligación alimenticia asciende a 6.000 pesetas mensuales.

4. *No puede privarse a los hijos de la pensión alimenticia por la circunstancia de que residan con los abuelos y no con la madre.*

AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Teresa González Cuartero.

Con fecha 31.10.2001, en autos de incidente de modificación de medidas 1295/2000 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Valladolid, recayó sentencia estimatoria de la demanda, lo que ha sido recurrido en esta instancia por los demandados, David y Rosalía L.P., alegando errónea valoración de la prueba y aplicación de preceptos jurídicos.

Manifiesta en su recurso la parte demandada que yerra la juzgadora *a quo* al hacer aplicación del art. 93.2 del CC, cuando en la demanda se ejercita la acción basada en el art. 152.3 del CC y 153 del mismo cuerpo legal. Como conoce sobradamente la parte, la fundamentación jurídica concreta de la sentencia no vincula al juzgador. Le vinculan los hechos y el suplico, pero no los pre-

ceptos jurídicos mencionados en la demanda como base jurídica de sus pretensiones en sentido estricto. Y, es evidente que, en este caso, en la demanda lo que se pide es la modificación de medidas acordadas en la sentencia de divorcio, concretamente la relativa a los alimentos de los demandados, de modo que, a pesar de que la obligación de alimentos y sus excusas se reflejen o prevean también en los arts. 152 y 153 del CC, es esa la acción ejercitada por el actor, no otros, sino la derivada de una incidencia del divorcio, cual es modificar una determinada medida acordada en el mismo, por lo que se considera correcta la actuación, en cuanto a dicho extremo, de la juez de instancia.

Sin embargo, tanto de las pruebas practicadas en estos autos como de la correcta aplicación de los presupuestos del art. 93 del CC, no puede llegarse a igual conclusión estimatoria de la demanda que la juez a quo.

Los presupuestos del art. 93 del CC son un punto de partida, en el sentido de que tienden a facilitar al juzgador la adopción de medidas en cuanto a los hijos dentro del procedimiento de divorcio, sin que estos deban acudir a un procedimiento independiente en petición de alimentos. Es decir, inicialmente, si, al decretarse el divorcio, se cumplen los requisitos de dicho precepto legal, procede conceder o fijar una pensión por alimentos para los hijos del matrimonio. Y, en el caso que nos ocupa, al decretarse el divorcio, los hijos convivían con su madre en el domicilio en que viven en la actualidad, el de sus abuelos maternos, por lo que se les fijó dicha pensión, atendiendo, además, a otras circunstancias como su falta de independencia económica.

Así, la circunstancia de convivir con la madre, en este caso el cónyuge no obligado a la prestación por alimentos, concurrió en el momento de decretarse el divorcio, que es el tiempo en el que se exige concurra.

Pero el hecho de que en la actualidad, viviendo los hijos en el domicilio que se

consideró entonces familiar, el de los abuelos maternos, ya no residan con la madre porque esta ha abandonado dicho domicilio, no provoca sin más la extinción de la pensión, ya que, como se dice, los presupuestos de tal precepto legal son exigibles al momento del divorcio, de modo que, si concurren, se concede a los hijos el privilegio de poder ser sujetos de la pensión en el proceso de divorcio, sin tener que acudir al de alimentos. En este caso, se fijó la pensión concurriendo para ello los requisitos legales, con lo que no puede privarse de ella a los hijos actualmente sólo por el hecho de que, en este momento, la madre no resida con ellos, máxime cuando viven aún, los hijos, en el domicilio que se fijó en el divorcio y, lo que es más importante, se acredita en autos que no poseen autonomía o autosuficiencia económica.

Documentalmente se ha probado que los hijos desempeñan trabajos ocasionales, que no les permiten una subsistencia independiente, y ambos conviven con sus abuelos maternos, en el domicilio de estos. Rosalía está cursando estudios universitarios, como se acredita, y trabaja esporádicamente, con una remuneración que no le permite, desde luego, independizarse. Y David, aunque no estudia, y aunque tiene un hijo de muy corta edad, no conviviendo ni con él ni con la madre, trabaja también de modo discontinuo, sin que sus ingresos sean, por el momento, suficientes para vivir independiente.

Por tanto, en el momento de acordarse la medida cuya supresión se pide por el actor en el proceso de divorcio, concurrieron todos los requisitos del art. 93 del CC, y, actualmente, no concurren los del art. 152 del CC para suprimirlos, porque se ha acreditado que los hijos no son autosuficientes económicamente, y se ha acreditado, como ya se dijo en otros procedimientos, que el obligado al pago no ha visto reducidos sus ingresos de modo que no pueda atender su obligación, por lo que procede la desestimación de la demanda.

VII. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Teniendo en cuenta que el trabajo desarrollado por la esposa es a tiempo parcial, debido a que su actividad laboral tiene que compatibilizarla con el cuidado y atención de los hijos menores, no procede extinguir la pensión compensatoria.*

AP MURCIA, Sec. 1.^a, Sentencia de 4 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán.

Frente al contenido de la sentencia de instancia que acuerda la disolución por causa de divorcio del matrimonio formado por Don Pedro y Dña. M.^a Isabel con la adopción de las correspondientes medidas de índole económico-patrimonial y paterno-filial inherentes al mismo, el citado D. Pedro, disconforme únicamente con el pronunciamiento referido a la pensión compensatoria, comparece en esta alzada interesando la revocación de la misma en el único extremo de que se declare su extinción.

Concretada en los indicados términos la cuestión impugnatoria objeto de debate en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de todo lo actuado en estos autos, que no asiste razón a la parte recurrente en la pretensión que solicita, por lo que procede, como seguidamente se argumentará la total e íntegra confirmación de dicha sentencia.

En este sentido, estima la Sala, que la extinción de la referida pensión compensatoria no resulta viable, por cuanto no concurren en su totalidad el requisito relativo a la integración de la esposa en el mercado laboral, fijado y establecido en el correspondiente Convenio Regulador.

Es evidente, como con pleno acierto se argumenta en la sentencia apelada, que el contenido del citado Convenio Regulador,

exponente de la libre voluntad de las partes intervinientes, debe ser cumplido y respetado en su integridad, pues, en definitiva implica una evidente manifestación del consentimiento contractual de sus protagonistas.

Es por ello que, la decisión judicial de reducir la cuantía de la correspondiente pensión compensatoria, constituye un acierto y responde de forma coherente a las manifestaciones de voluntad contenidas en aquel documento.

Téngase en cuenta, que sólo la plena incorporación de la esposa al mercado laboral, es la causa determinante de la extinción de tal pensión resarcitoria, por lo que, el desempeño transitorio y esporádico de determinadas actividades laborales, como aquí acontece, no conlleva a la extinción de aquélla, pero, en cambio sí permite, como de forma correcta efectúa el Juez de instancia, la corrección y acomodación de su cuantía a la nueva situación laboral generada.

Es por ello, que debemos ratificar y confirmar en esta alzada, la sentencia de instancia, excluyendo las alegaciones que realiza la parte recurrente, pues en modo alguno puede aceptarse, como se alega, que dicha incorporación parcial al mercado laboral, constituya una actitud premeditada de la esposa para no perder su derecho a la percep-

ción de aquella contribución económica. Téngase en cuenta, que la esposa viene obligada, dadas las circunstancias concurrentes, a simultanear su actividad laboral con el cuidado y atención a las necesidades de su familia e hijos menores, que han quedado bajo su custodia, lo que sin duda comporta y justifica esa aceptación de un trabajo temporal.

No se trata de convertir la pensión compensatoria en una pensión vitalicia, sino, de acuerdo con el Convenio Regulador, de garantizar a la esposa una compensación por su dedicación al cuidado del hogar y atención de sus hijos constante su matrimonio, pues en definitiva, ese cese de la vida en común, le generó como ya quedó acreditado, un claro desequilibrio económico.

2. *Fijación de una pensión compensatoria a la esposa aun cuando ésta realice trabajos de limpieza por horas, ya que la atención a las necesidades de los dos hijos le impide realizar una jornada de trabajo completa.*

AP ALBACETE, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José García Bleda.

Por la representación de D.ª María, apelante en esta alzada, se solicita revocación parcial de la sentencia de primera instancia en el particular referido a la pensión compensatoria cuya fijación solicita al existir para la misma desequilibrio económico a consecuencia de la separación.

Se justifica en la resolución recurrida por la Juzgadora de instancia el no establecimiento de pensión compensatoria a favor de la esposa en el hecho de haber trabajado esta durante el matrimonio, al menos esporádicamente, como empleada de hogar. Al respecto ha de indicarse que la pensión que se denomina compensatoria al cónyuge por el desequilibrio que le produce la cesación de la vida en común tiene por finalidad paliar en lo posible las dificultades que la separación particularmente ha de suponer al cónyuge con menores ingresos: prescindir de lo que le proporcionase en el aspecto económico la convivencia con aquel otro que aportare mayores ingresos derivados de trabajo personal o patrimonio y que lógicamente contribuían

al bienestar general de la unidad familiar al igual que las propias aportaciones de la esposa con su trabajo en las tareas del hogar familiar, siendo obvio que no cabe entender que el mero hecho de que la esposa trabajase en mayor o menor medida durante la época de convivencia descarta la existencia de desequilibrio económico una vez producida la ruptura conyugal si, en definitiva, estos ingresos no permiten ni facilitan por sí solos un nivel de ingresos o bienestar similar al que se tenía vigente la convivencia. En el supuesto de autos lo cierto es que tanto el trabajo que realizaba la esposa y en el que actualmente se ocupa tiene carácter esporádico y eventual —tareas domésticas por horas— en cualquier caso supeditado a la disponibilidad que pueda tener y necesidades del núcleo familiar que forma con los 2 hijos —de 16 y 12 años— y que difícilmente permitirían a la esposa desempeñar una jornada laboral completa, incluso en tareas domésticas, por lo que necesariamente tales exigencias familiares dada la edad de los hijos condicionan sus

posibilidades de ingresos, de aquí que se estime adecuado en función de las circunstancias familiares que se desprenden del artículo 197 Código Civil y en especial duración del matrimonio —17 años—, ingresos del esposo —una media de 200.000 pesetas mensuales—, posibilidades de ingreso de la esposa —60.000 pesetas mensuales aproxi-

madamente—, montante de la pensión alimenticia a cargo del esposo —74.000 pesetas mensuales— dado que éste tiene que atender sus propias necesidades alimenticias y de vivienda, fijar una pensión compensatoria mensual a favor de la esposa de 10.000 pesetas actualizables anualmente según IPC del Instituto Nacional de Estadística.

3. *La asunción voluntaria de nuevas cargas familiares fruto de una relación posterior no es motivo para reducir la cuantía de la pensión compensatoria.*

AP ASTURIAS, Sec. 6.^a, Sentencia de 28 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz.

En cuanto a la reducción del porcentaje de la pensión compensatoria, segundo de los motivos articulados por el recurso del actor, señalar que el 15% fijado en la recurrida es prudente, teniendo en cuenta la duración de la convivencia entre los litigantes, la dedicación de la madre a la familia y la ausencia por su parte de un trabajo remunerado. No puede ser excusa para el apelante el que tenga una nueva familia con descendencia, porque ello tuvo lugar con posterioridad a la fijación de la pensión, además de que la asunción voluntaria de nuevas cargas por el citado sólo pueden serlo bajo el principio de responsabilidad con las anteriormente asumidas; de igual modo que la actual situación de invalidez de la demandada tampoco ha de influir sobre tal pensión por

la misma razón temporal y porque, en todo caso, es totalmente ajena a aquella convivencia. El desequilibrio económico, al que se refiere el art. 97 del CC, no supone una paridad económica absoluta o radical, por lo que no puede sumar a la pensión señalada el importe de la que igualmente percibe por su invalidez, al ser totalmente independientes la una de la otra, al margen de lo que dicha invalidez le supone a la demandada. Finalmente, no concurren los presupuestos necesarios para poder fijar dicha pensión de forma temporal, ya que ello sólo se concede por esta Audiencia cuando el beneficiario es de edad joven, sin descendencia y la duración de la convivencia fue corta, ninguna de cuyas circunstancias concurre aquí.

4. *Extinción de la pensión compensatoria en fase de ejecución de sentencia al haber quedado acreditado por reconocimiento de la esposa que está conviviendo maritalmente con un tercero, sin que para dicha extinción sea necesario acudir a un procedimiento de modificación de medidas.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 5 de marzo de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Aunque, en principio y como esgrime la apelante, las pretensiones de modificación judicial de las medidas complementarias establecidas en un procedimiento matrimonial han de discurrir a través del trámite *ad hoc*, de conformidad con lo que prevenía el apartado 8 de la disposición adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, hoy día sustituida por el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal regla general no alcanza un carácter absoluto, al haber de proyectarse específicamente sobre aquellos supuestos en los que, ante la enfrentada postura de las partes sobre la posible concurrencia de los hechos que pudieran determinar tal modificación, se hace preciso una decisión judicial dirimente de la controversia así suscitada.

A *contrario sensu*, la citada tramitación procesal, con final declaración judicial de la concurrencia o no de tales factores, se revela innecesaria, y por ende ajena a elementales principios de economía procesal, en aquellos otros casos en los que la existencia de las alteraciones de circunstancias constan de modo indubitado, sin necesidad de abrir aquel debate judicial específico al respecto; así acaece, por ejemplo, ante el nuevo matrimonio del cónyuge beneficiario de la pensión por desequilibrio, en cuanto causa de extinción de la misma (art. 101 del Código Civil), en cuanto bastaría, ante una posible negación de tales nuevas nupcias por dicho cónyuge, la aportación del certificado del ulterior matrimonio en fase de ejecución de sentencia, lo que determinará el cese auto-

mático del derecho preestablecido, con los efectos retroactivos correspondientes, sin necesidad alguna de abrir un complejo trámite procedimental concebido, obviamente, para supuestos distintos.

A la misma conclusión habremos de llegar en las hipótesis en que, en la referida fase de ejecución, queda reconocida palmaria-mente por el beneficiario de un derecho la concurrencia de causas modificativas o extintivas del mismo, según las previsiones contenidas en los artículos 91, *in fine*, 100 y 101 del Código Civil, lo que, en definitiva, ha de excluir un debate procedimental ulterior que ya carece de contenido alguno.

Así acaece en el supuesto que hoy se somete a la consideración de la Sala, dado que la ejecutante, frente a los alegatos vertidos de contrario sobre su convivencia marital con un tercero desde principios del año 1999, a partir de cuyo momento el hijo no reside con ella, no opone versión contradictoria alguna, reconociendo abiertamente dicha situación en el escrito de contestación a la demanda de divorcio, presentado en fecha 23 de mayo de 2000, en significativa coincidencia con el que inicia el presente incidente de ejecución de la sentencia de separación.

Por lo cual la pretensión de derivar la constatación judicial de tales circunstancias hacia un procedimiento de modificación de medidas se revela carente de toda lógica jurídica, cuando no manifiestamente abusiva, lo que ha de determinar la aplicación de lo al

respecto prevenido en el artículo 7.º, *in fine*, del Código Civil, en orden a la adopción de las medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso; y así ha quedado co-

rectamente plasmado en el auto apelado, cuyo criterio debe ser plenamente corroborado, en tal aspecto del debate, en el presente momento y trámite procesales.

VIII. CUESTIONES PROCESALES

1. *No cabe ampliar en el escrito de interposición del recurso los motivos de oposición que quedaron determinados en el escrito de preparación.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Con carácter previo al posible análisis de fondo de cada uno de los expresados motivos, debe señalarse que, al contrario de lo que acaecía en el sistema instaurado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en el que no era necesario anunciar, al interponer ante el Órgano *a quo* el recurso de apelación, los concretos motivos impugnatorios que fuera a articular el apelante, quedando reservada tal exposición para el acto de la vista en la segunda instancia, la Ley 1/2000 viene a configurar un esquema completamente distinto en tal punto, pues ya desde el mismo momento de la preparación del recurso, y conforme exige el artículo 457.2, han de expresarse los concretos pronunciamientos que son objeto de impugnación.

En consecuencia, tal mandato legal no ha de considerarse como algo absolutamente gratuito, de tal modo que su omisión en dicho momento pueda subsanarse en un trámite posterior, y en concreto en el de la interposición del recurso; en efecto, esta fase subsiguiente viene constreñida a desarrollar la impugnación ya anteriormente concretada en el trámite *ad hoc*, sin poder extender el recurso a otros pronunciamientos no con-

signados en el escrito presentado al amparo del artículo 457. Así, en el 458 se establece que el contenido del escrito de interposición se contrae a la exposición de “las alegaciones en que se base la impugnación”, sin que se abra resquicio respecto de los pronunciamientos que tácitamente fueron asumidos, al no ser objeto de específica e individualizada impugnación, en el trámite precedente.

Tan sólo podría quedar habilitada procesalmente la nueva cuestión introducida en el escrito de interposición del recurso, en virtud del principio dispositivo que rige en el procedimiento civil, cuando el apelado no mostrara su oposición al respecto, asumiendo el nuevo planteamiento efectuado y entrando a su debate de fondo.

En el caso que hoy se somete a la consideración de la Sala, el apelante, en su escrito de preparación, limitó el recurso presentado al “pronunciamiento que mantiene en su integridad la pensión compensatoria fijada a la esposa en la sentencia de 13 de mayo de 1988, y contra la imposición de costas del juicio al demandante”, mientras que en el de interposición introduce una nueva pretensión revocatoria, cual la afectante al pago de

los gastos generales y de arrendamiento de la vivienda que ocupa la esposa, cuya anulación igualmente se solicita.

Y dado que la parte apelada muestra, en el escrito presentado de conformidad con el artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, su oposición a la ampliación extemporánea articulada, no proceder entrar en el análisis y resolución de fondo del nuevo motivo introducido en el escrito de interposición.

En cuanto pudiera quizás alegarse que, dentro del motivo genérico afectante a la

pensión por desequilibrio anunciado previamente, habrían de comprenderse los demás desplazamientos económicos contenidos en pro de la esposa, ha de señalarse que, en el convenio regulador que ahora intenta modificarse, la obligación de pago de los gastos de comunidad y de arrendamiento de la vivienda sita en la calle Agustín de Foxá se contiene en cláusula distinta (la segunda) de la que concierne a la pensión en favor de la esposa (quinta), sin que en el resto del clausulado se condicionen o interrelacionen las mismas.

2. *Admisibilidad del recurso de apelación aun cuando no se expresen en el escrito de preparación los pronunciamientos de la sentencia que se recurre.*

AP A CORUÑA, Sec. 6.^a, Sentencia de 5 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Pantín Reigada.

La parte apelada ha alegado al oponerse al recurso su inadmisibilidad por no expresarse en el escrito de preparación del mismo los pronunciamientos de la sentencia que se recurren (art. 457.2 de la LEC 1/2000). El escrito de preparación no es especialmente preciso, pero indica que se recurre la sentencia “por considerar no ajustado a derecho el Fallo de la misma por lo que una interpretación racional del escrito lleva a estimar que con el mismo se combate el entero fallo y por tanto todos los pronunciamientos que en el mismo se contienen. Otra interpretación, como la rigorista que la parte apelada propone, sería improcedente por incidir en el derecho al acceso a la segunda instancia — inserto en el derecho a la tutela judicial efectiva una vez que haya sido legalmente

prevista la impugnabilidad de la resolución de que se trate— cuando ni legalmente se establece expresamente la sanción de la inadmisión del recurso para los supuestos en que no se hayan expresado de forma pormenorizada los pronunciamientos recurridos (nótese que el apartado 3 del mismo precepto ciñe el control judicial al plazo y al carácter recurrible de la resolución) y cuando a través de la posterior interposición del recurso se han de detallar forzosamente los términos del ataque a la resolución recurrida, lo que en cualquier caso constituiría una forma de subsanar tal eventual incorrección de la preparación del recurso sin merma para el derecho de la parte contraria, que se podrá oponer al recurso con conocimiento de su exacta extensión.

3. *Inadmisión del recurso de apelación al no haberse preparado dentro de plazo con traslado del escrito al procurador de la contraparte.*

AP MADRID, Sec. 24.^a, Auto de 7 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Sánchez Franco.

La parte apelada, en el trámite de oposición al recurso, alega conforme al artículo 461 de la LEC la inadmisibilidad de la apelación, por infracción de los artículos 276 y 277 de dicha Ley procesal; que debe estimarse pues el artículo 276 citado y conforme la nueva ley procesal establece que los escritos, salvo la demanda o aquéllos que puedan originar la 1.^a comparecencia en juicio de adverso que cada litigante desee presentar ante el Juzgado, deberán haber sido entregados con anterioridad por el Procurador de quien las aporte a los Procuradores de los demás litigantes; estableciendo el artículo 277 como efecto de la omisión del traslado mediante procurador que no se admitirá la presentación de escritos y documentos. Por ello debe ser inadmitido el recurso de apelación por incumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado 3 del artículo 457 de la LEC en relación con los artícu-

los 276 y 277 de dicha Ley procesal, por no haberse preparado el recurso de apelación dentro del plazo de 5 días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella pues el escrito de preparación del recurso de apelación frente a la sentencia de 20 de febrero de dos mil y notificada el 23 de febrero del mismo año, con justificante de traslado mediante Procurador se verifica el 7 de marzo de dos mil uno cuando ya había vencido el plazo de los cinco días previsto en el artículo 457 apartado 1 de la LEC.

Plazo por otra parte, es preclusivo ya que conforme al artículo 136 de la Ley procesal dice que una vez transcurrido el plazo o pasado el término solicitado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate, plazo, que no admite ser subsanado como pretende la parte recurrente.

4. *La remisión que hace el art. 775 a lo dispuesto en el art. 771 debe entenderse referida única y exclusivamente a las normas procedimentales de tramitación a seguir, pero no en cuanto a la imposibilidad de recurrir la resolución dictada en primera instancia en sede de una modificación de medidas.*

AP MADRID, Sec. 24.^a, Sentencia de 12 de febrero de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Miriam de la Fuente García.

La parte apelada en su escrito de oposición impugna el recurso de apelación por entender que en virtud del art. 771 núm. 2

último párrafo y art. 775 de la LEC 1/2000, no debió admitirse a trámite el recurso. Y en cuanto al fondo solicita la confirmación de

la sentencia apelada con expresa condena en costas a la parte contraria.

En cuanto a la posibilidad o no de recurrir la sentencia dictada en primera instancia resolviendo una demanda de modificación de medidas, la remisión que hace el art. 775 a lo dispuesto en el art. 771, debe entenderse referida única y exclusivamente a las normas procedimentales de tramitación a seguir, pero no en cuanto a la imposibilidad de recurrir la resolución dictada en primera instancia en sede de una modificación de medidas. Entendemos que el legislador ha pretendido encauzar la demanda contenciosa de modificación de medidas en un procedimiento ágil y rápido, para ajustar la resolución judicial a las circunstancias actuales sin demora, y por ello la remisión al cauce de las medidas provisionales, debe entenderse exclusivamente referido —por mera lógica jurídica— al trámite, pero no a la resolución que ponga fin al procedimiento, por la diferente finalidad y carácter temporal de las medidas provisionales y definiti-

vas; resolución que debe revestir forma de sentencia —art. 206— y es susceptible de apelación —art. 455—. En este sentido, consideramos que no existe ninguna razón fundada para que no se mantenga el mismo criterio de doble instancia que rige para la adopción de las medidas definitivas cuya modificación se insta, y sería contrario al espíritu de la Ley (vista la limitación para recurrir establecida en los procedimientos consensuales frente a los contenciosos) que en la modificación consensuada existiera —aun de forma limitada— la posibilidad de impugnar la sentencia y en la modificación contenciosa estuviera vedada. Por ello, se admitió correctamente el recurso, ya que se ha de dar la posibilidad de la doble instancia, por cuanto que de estimarse definitivamente la modificación de las anteriores medidas acordadas en un pleito principal de separación o divorcio, éstas quedarían sustituidas por aquéllas, y sería injusto establecer una sola instancia ante las importantes consecuencias de la demanda modificadora de las medidas.

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *Cuando queda acreditada la fecha de la convivencia del hijo con el padre cesa para este último la obligación de abonar los alimentos, según venía establecido en el auto de medidas provisionales que se estaba ejecutando.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 11 de enero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

La dirección letrada de la parte apelante en el acto de la vista, con revocación de la resolución de instancia, ha solicitado que se declare la improcedencia del pago de la pen-

sión de alimentos, por parte del esposo, en favor del hijo puesto que este convive con su padre desde el mes de octubre de 1999. La parte apelada, a través de su dirección

letrada, ha solicitado la confirmación de la resolución dictada por el Juzgado.

La cuestión planteada por la parte recurrente en esta alzada ha de resolverse con criterios de justicia y equidad, y por tanto, rechazando cualquier pretensión que venga a provocar un enriquecimiento injusto por parte de quien a partir de una determinada fecha ha dejado de convivir con el hijo, por razones que no viene al caso explicar ahora, teniendo en cuenta que la cuestión relativa a la custodia de dicho hijo fue decidida en primer lugar en la pieza de medidas provisionales, después en el pleito principal, en el que ya recayó sentencia que fue apelada, dictándose por la Sala sentencia que acordó otorgar la custodia al padre.

Al margen pues de las declaraciones judiciales contenidas en las diversas resoluciones dictadas en primera instancia, a los fines que en estos momentos interesan ha de determinarse cuál fue realmente la situación de hecho que se produjo en relación a la convivencia del hijo con sus progenitores, a fin de aclarar de modo definitivo en qué momento, y con carácter permanente, se produce la circunstancia fáctica relativa al comienzo de la convivencia del hijo con el padre, hecho que determina el cese por parte de este último en la obligación de abonar los alimentos, según venía establecido en el auto de medidas provisionales que se estaba ejecutando.

Examinadas las actuaciones originales, circunstancia que fue advertida por la Sala a los señores letrados, teniendo en cuenta la insuficiencia de datos contenidos en el testimonio de particulares remitido, cabe concluir en lo siguiente:

A primeros de octubre de 1999 el hijo menor, dada la situación personal y familiar vivida con quien hasta ese momento ostentaba la custodia, marcha a vivir con su padre, circunstancia que es puesta en conocimiento del Juzgado por parte de este último, lo que determina la celebración de la comparecencia judicial, el 14 de octubre de 1999, en la que se acuerda mantener la si-

tuación de hecho, sobre la convivencia del hijo con el padre, hasta que emita informe el psicólogo, sin perjuicio de régimen de visitas que en ese momento se señala en favor de la madre.

Cierto es que se producen diversas incidencias en relación con el régimen de visitas, según se observa de las actuaciones que obran en el tomo tercero de los autos, y por cuanto que en repetidas ocasiones la madre formula su queja ante el incumplimiento y la dificultad para comunicarse con el hijo; pero es lo cierto que en ningún momento se produce el cambio de la custodia.

Con fecha de 30 de diciembre de 1999, el Juzgado dicta auto acordando el restablecimiento de la función de la custodia del hijo en favor de la madre; sin embargo, el menor no regresa junto a esta última, según se deduce del contenido de los escritos que la dirección letrada de la esposa presenta, a partir del 3 de enero de 2000, solicitando el regreso del menor al domicilio materno, lo que determina el dictado de la providencia de 10 de enero de 2000, que acuerda requerir al esposo a fin de que entregue al menor, requerimiento que se produce el 27 de enero de 2000.

Aun admitiendo que a partir de esta fecha el menor haya podido estar algún día con su madre, es lo cierto que dada la situación vivida por aquél, en razón de las malas relaciones con la madre, dicho hijo, acompañado del padre, comparecen en el Juzgado de Instrucción número 3 de los de Madrid, que, ante la gravedad de la situación personal y familiar vivida por el menor, dicta auto de fecha 29 de enero de 2000, acordando otorgar la custodia provisional del hijo en favor del padre, hasta tanto el Juzgado de Familia resuelva lo procedente.

En estas circunstancias, y teniendo en cuenta que la sentencia dictada por la Sala, que acordó, con revocación de la resolución de instancia, otorgar la guarda y custodia al padre, puede decirse, en suma, que el hijo dejó de convivir con la madre en el mes de octubre de 1999, lo que determina el cese por parte del recurrente de la obligación de

abonar alimentos en favor del menor, quien ya convive con aquél, y en este sentido no es procedente reconocer en favor de la madre la deuda a que se hace mención en la providencia de 9 de mayo de 2000, por importe de 1.335.000 pesetas, y por el período que transcurre entre agosto y diciembre de 1999.

Antes bien, en su lugar, cabe concluir en la realidad de la deuda a que hace mención la parte apelada, en relación con el mes de agosto y septiembre de 1999 (475.000 pesetas, en concepto de alimentos y cargas en favor de la esposa).

Conforme a lo dicho anteriormente, teniendo en cuenta que en favor de la esposa, en el auto de medidas provisionales se fijaron 200.000 pesetas, en concepto de cargas, pues así ha de entenderse en razón del desdoblamiento que después se efectúa en la sentencia dictada en el pleito principal, medida ratificada después en la sentencia dictada por el Juzgado, si bien la asignación lo es ya en concepto de pensión compensatoria, en relación al mes de octubre, habiendo satisfecho el esposo 160.000 pesetas, debe entonces

40.000 pesetas; en el mes de noviembre, realizado un pago de 90.000 pesetas, debe la cantidad de 110.000, y lo mismo ocurre, por haber efectuado el mismo abono, en el mes de diciembre, debiendo también 110.000 pesetas; por ello, la cantidad debida por el esposo, desde el mes de agosto a diciembre, en concepto de alimentos y cargas en favor de la esposa, asciende a 735.000 pesetas (4.417,44 €).

Por lo anterior, es lo procedente mantener la medida de apremio acordada en la providencia de 9 de mayo de 2000, sobre embargo de bienes, si bien para asegurar el pago de la cantidad indicada en esta resolución.

En relación a lo debido a partir del mes de enero de 2000, ya el propio auto apelado, de 26 de junio de 2000, establece la posibilidad, como así lo indicaba también la providencia 9 de mayo, de justificar o alegar lo que a su derecho convenga, debiendo el Juzgado resolver después, conforme a derecho, habiéndose de tener en cuenta lo acordado en la presente resolución para determinar la deuda originada a partir del mes de enero.

2. *No procede descontar de la reclamación de atrasos de la pensión alimenticia la cantidad que abonó el padre en concepto de inscripción de la hija en un campamento de verano.*

AP MADRID, Sec. 24.^a, Auto de 17 de enero de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen García de Leaniz Cavallé.

El motivo del recurso que se examina interesa la revocación del auto dictado en primera instancia al haber computado como parte del pago de la pensión de alimentos la cantidad de 24.000 ptas. que fueron satisfechas por la contraparte en concepto de inscripción de la hija mayor a un campamento de verano. Fundamenta la apelante el motivo, y su acogimiento, en que es un acto unilateral del obligado al pago ajeno a

la propia prestación entregado, además, a persona que no es la administradora de la pensión, de manera tal que el citado obligado no puede hacer un uso indiscriminado de la cantidad que mensualmente debe abonar.

Aún resultando indiscutido que la mencionada cantidad se abonó efectivamente por el ahora apelado impugnante, tal entrega, co-

mo se pide, no puede conceptuarse como pensión alimenticia procediendo a su descuento. La asistencia al campamento no se integra en el concepto que de tal prestación otorga el art. 142 del CC. Es en efecto un

hecho aislado y aunque conveniente en su finalidad, a falta de acuerdo entre las partes, no puede eximir de la obligación de pago de la prestación a quien ha obrado unilateralmente y con un carácter de mera liberalidad.

3. *Abono de la pensión alimenticia desde la fecha de presentación de la demanda, sin que para ello sea necesario un pronunciamiento expreso, ya que se produce ex lege.*

AP MADRID, Sec. 24.^a, Auto de 13 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Sánchez Franco.

Si bien las acciones relativas al divorcio, separación o nulidad matrimonial en caso de su estimación producen efecto constitutivo en cuanto a la cuestión principal con unos efectos o consecuencias jurídico materiales *ex nunc* desde la sentencia misma; no es mas cierto también que otros se produzcan *ex tunc* con efecto retroactivo al momento de la demanda dada la distinta naturaleza y complejidad de las medidas acordadas como efectos inherentes con la declaración principal pues no afectan con exclusividad a los propios litigantes inmersos en la crisis matrimonial y por lo tanto, con efectos determinantes y constitutivos desde la sentencia estimatoria; así, los reguladores de las relaciones paterno filiales dignas de protección legal, los cuales concurrían ya al momento de la declaración de separación, divorcio, nulidad matrimonial y persisten en el futuro hasta el cese de las consecuencias legales, como son las cuestiones económicas derivadas de las medidas alimenticias de los hijos habidos en el matrimonio, los cuales tienen efecto *ex tunc*, por la propia voluntad del legislador y expresamente reconocido en el artículo 93 del CC que con carácter imperativo para la determinación de la contribución de

cada progenitor para satisfacer los alimentos, se remite, expresamente a los artículos 142 y siguientes de dicho cuerpo legal, donde el artículo 148 determina que en todo caso la obligación de dar alimentos se abonará desde la fecha en que se interponga la demanda; y sin que sean obstáculo legal alguno para la aplicación de tal precepto a los hijos menores el contenido del párrafo 2.^o introducido por Ley 11/1990, de 15 de octubre, por elementales razones de igualdad, necesidad y racionalidad.

Sin que, por otra parte, la aplicabilidad del artículo 148 del CC esté supeditada por su carácter público sobre la materia a la oportunidad procesal y de acción de solicitud, pues la obligación legal viene determinada por las necesidades del alimentista y las posibilidades del que deviene obligado a prestarlos.

Y sin que por último, la reclamación de alimentos al tiempo de la solicitud esté supeditada a la resolución que acuerda la pensión alimenticia, pues su retroactiva no requiere un pronunciamiento expreso, ya que se produce *ex lege*.

Es por todo ello, que la ejecutividad de la pensión de alimentos del hijo nacido con posterioridad a la sentencia de separación matrimonial y acordada su pensión por auto de fecha 5 de octubre de dos mil, y por importe mensual de 23.000 ptas. es exigible

desde el momento de su solicitud que fue el 21 de mayo de 1998 lo que supone una deuda por tal concepto de 713.000 ptas. hasta diciembre de dos mil inclusive; conforme solicita la parte ejecutante ahora apelante.

4. *Desestimación de la oposición a la ejecución, ya que no cabe alegar como motivo la pluspetición.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Auto de 25 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

D. Ángel recurre el auto de fecha 14-2-2002 por el que se desestimó su oposición a la ejecución despachada por auto de 27-2-2001 en cuantía de 82.840 ptas. por las pensiones que se dirán correspondientes al mes de enero de 2001, a instancia de su esposa.

La ejecución fue instada por su esposa D.ª M.ª Ángeles, con base en la sentencia de separación de fecha 1-6-1999 que aprobaba el convenio regulador presentado de común acuerdo en el que se establecía, en lo que ahora interesa, una pensión compensatoria de 40.000 ptas. mensuales en favor de la esposa y otra de igual suma en concepto de pensión alimenticia para las dos hijas habidas en el matrimonio, Cristina y Paula, habiendo sido actualizadas dichas cantidades a la de un total mensual de 82.480 ptas. por ambos conceptos conforme a lo establecido en sentencia por providencia de 21-9-2001.

El motivo de oposición que hoy se traduce en el de apelación, es la pluspetición. En su apoyo el demandado afirma que no es procedente el pago de la pensión alimenticia respecto de Cristina, por cuanto que vive ya en su compañía desde el mes de agosto de 2000. El juzgador de primera instancia fun-

damentó la desestimación de la oposición que el oponente no ha acreditado ni el pago de la pensión que viene acordada, ni la caducidad de la acción ejecutiva, ni la pluspetición.

Conforme a lo prevenido en el art. 556 de la LEC de 2000 los motivos de fondo —a salvo los de carácter formal que se regulan en el art. 559 de la LEC de 2000— que puede alegar el deudor para oponerse a la ejecución despachada en base a una resolución judicial o arbitral o una transacción o acuerdo aprobado judicialmente se limitan a los de:

- pago o cumplimiento,
- caducidad de la acción ejecutiva, y
- pactos y transacciones que hubieren convenido para evitar la ejecución siempre que consten en documento público.

Esto es, a diferencia de lo que ocurre en la ejecución de otros títulos diferentes a los mencionados —art. 557 de la LEC de 2000—, en estos últimos no cabe el alegato de la pluspetición, por lo que la oposición debió ser rechazada por este motivo.

Aun cuando las cosas no se entendieran de este modo, tampoco asiste la razón al re-

corrente, pues la cuantía de las pensiones que ahora se reclaman ha sido fijada por resolución judicial como medidas complementarias a la sentencia matrimonial, y no ha acreditado su modificación o suspensión por resolución judicial firme.

Lo que en realidad pretende el recurrente es introducir en este limitado trámite de ejecución la discusión de la procedencia o improcedencia de lo acordado en las resoluciones que se ejecutan, por lo que también por este motivo el recurso debe ser rechazado.

X. REGÍMENES ECONÓMICOS

1. *Denegación de autorización para la venta de un bien ganancial.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Auto de 11 de enero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

La dirección letrada de la parte apelante en el acto de la vista, con revocación de las resoluciones dictadas en la instancia, ha reiterado las peticiones en su momento formuladas, en relación a la solicitud de autorización de venta de la vivienda sita en Madrid, a fin de conseguir el pago, con cargo a la parte que al esposo corresponde por dicha venta, de los alimentos debidos, en cuantía de más de 7 millones de pesetas, y para el pago de las deudas gananciales; asimismo interesó la administración de dicho inmueble; señaló que ya se ha iniciado el procedimiento de liquidación de la sociedad legal de gananciales, indicó que el apartamento sito en Alicante se encuentra subastado, y por último se refirió al carácter privativo de una parcela, de la propiedad de la esposa.

Cierto es que en el ámbito jurídico y legal no existe duda acerca de la posibilidad establecida en el artículo 1377 del Código Civil, en relación a la venta o disposición a título oneroso sobre bienes gananciales, que requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, o en su defecto, si uno lo negare, o estuviere impedido para prestar dicho consentimiento, podrá el Juez autorizar uno o varios

actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Por su parte, el artículo 1408 establece la facultad de dar alimentos a cargo de la masa común de bienes, mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber.

Sin embargo, se hace preciso, para el caso de que falte el consentimiento de ambos cónyuges, que a través de la información sumaria que debe recabar el Juzgado se justifique la necesidad de proceder a la venta que se interesa, sobre todo si se tiene en cuenta, como ocurre en el presente caso, que la masa ganancial se comprende de diversos bienes, siendo así que la parte recurrente insta la autorización judicial de venta de un determinado bien inmueble, por lo que era necesario acreditar la conveniencia de propiciar la concreta venta de ese bien, en lugar de otros, que precisamente han sido ofrecidos por la parte apelada, sin que se formule inconveniente alguno por parte del esposo, en relación con la venta de una parcela, o si justificado el carácter privativo de la misma, alternativamente, con la disposición del apartamento sito en Alicante, y teniendo en

cuenta que no existe constancia del acto de la subasta a que se ha hecho mención en el acto de la vista, o en su caso, tampoco se ha dado razón de la falta del percibo de algún remanente, como consecuencia de dicha subasta, lo que también hubiera servido a los fines interesados por la apelante.

Teniendo en cuenta que, según ha informado la propia parte recurrente en el acto de la vista, ya se encuentra en trámite el proceso de liquidación del patrimonio ganancial, no habiéndose justificado la urgencia de la disposición interesada, y por cuanto será posible la realización de la deuda a cargo del patrimonio que resulte adjudicado al esposo, teniendo en consideración las propias posibilidades que ofrecía el proceso de liquidación de la sociedad legal de gananciales, así como la viabilidad jurídica de integrar en el pasivo de la sociedad las deudas gananciales, con la repercusión que corresponda a cargo del esposo, y a mayor abundamiento, pudiéndose instar, incluso, la ejecución provisional de la sentencia que recaiga en el procedimiento liquidatorio, en el supuesto de que la resolución sea recurrida en apelación, o en casación, llegado el caso, no se ven motivos que justifiquen el éxito de la pretensión sostenida en esta alzada, y en relación a la solicitud de venta del inmueble

sito en la calle García de Paredes, pues debe recordarse a la recurrente el propio ofrecimiento realizado por el apelado, en relación a la posibilidad de dar el consentimiento para la venta de otros bienes que igualmente forman parte de la masa ganancial, y que pudieran servir, al menos, para el pago de los alimentos que se reclaman, y todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de agotar la vía de apremio, en relación a la parte de los bienes que corresponda al esposo, pues el auto de 24 de octubre de 2000, ahora apelado, refiere la existencia de un embargo sobre el otro inmueble, de fecha 14 de octubre de 1998, que no se ha realizado, sin que se haya acreditado que ello sea insuficiente para el pago de la deuda.

Asimismo, tampoco puede accederse a la medida interesada, sobre administración del inmueble, teniendo en cuenta que la propia sentencia de separación, de 12 de marzo de 1998, ya en su momento resolvió no otorgar la administración de los bienes gananciales, con carácter exclusivo y excluyente, a ninguno de los cónyuges, de manera que habrá que estar a la regla general sobre la administración de un bien ganancial, y sin perjuicio de los derechos de ambos cónyuges sobre dicho inmueble, o sobre el resto del patrimonio ganancial.

2. *Las cantidades que procede incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales por el pago del préstamo hipotecario son las abonadas por el esposo desde la firmeza de la sentencia de separación y no desde el dictado del auto de medidas provisionales.*

AP MADRID, Sec. 24.^a, Sentencia de 31 de enero de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen García de Leaniz Cavallé.

El que fue demandante en primera instancia interesa la revocación parcial de aquella resolución para, en su lugar, se declare que deberán computarse a su favor la

totalidad de las cantidades abonadas en pago del préstamo hipotecario que grava el domicilio conyugal desde el auto de medidas provisionales dictado en el procedimiento

de separación matrimonial con fecha 3 de marzo de 1999.

En los términos expuestos, la representación procesal del esposo, formaliza recurso de apelación articulando un único motivo en el que, con amparo en el art. 102 del CC, que entiende erróneamente interpretado por el Juzgador *a quo*, pretende, por las razones que contiene el escrito de interposición, que se computen a su favor las cantidades abonadas en exceso de su cincuenta por ciento de la sociedad de gananciales en pago de la hipoteca que grava la vivienda, no desde la sentencia de separación, como dice la resolución combatida, sino desde el auto de medidas provisionales, entendiendo que de confirmarse la sentencia recurrida se infringirían los principios que rigen aquellas medidas provisionales según se regulan en el CC.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 1392.3 del CC, la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges. En tal caso la disolución es automática y refleja, produciéndose *ex lege*, sin necesidad de instarla por las partes, porque el mantenimiento de tal régimen es incompatible con el del matrimonio separado. Tal disolución se producirá, según establece el art. 95 del CC, una vez sea firme la sentencia de separación siendo efecto fundamental inherente a la misma.

Lo dicho supone que la sociedad subsiste durante la tramitación del proceso, aunque con las modificaciones que se desprenden de preceptos como el art. 103.4 del CC, al articularse provisionalmente un régimen especial de gestión del patrimonio ganancial. Pero en ningún caso el invocado art. 102 del CC permite obtener conclusiones como la que se contiene en el recurso habida cuenta que conforme al contenido del mismo, admitida la demanda de separación, se producen ciertas alteraciones en el régimen matrimonial con respecto al normal funcionamiento del mismo como la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro (supuestos como el previsto en el art. 1384 del CC), cesando la posibilidad de vincular bienes privativos de un cónyuge al ejercicio de la potestad doméstica por parte del otro.

En consecuencia si la sociedad ganancial no se disuelve hasta que la sentencia de separación es firme y el auto de medidas provisionales lo que hace es establecer la forma de satisfacer las cargas que todavía pesan sobre una sociedad no disuelta, los pagos que vigente aquélla situación hayan podido realizarse lo son por parte de la sociedad y el recurrente no puede pretender un derecho de crédito a su favor durante ese período por lo que haya podido abonarse en tanto en cuanto será parte del pasivo de la comunidad.

3. *Inclusión en el activo del importe actualizado del valor que el negocio ganancial tenía en la fecha de su transmisión.*

AP MURCIA, Sec. 4.^a, Sentencia de 28 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

Entrando en el examen de la impugnación formulada por la parte actora, que se refiere a la inclusión en el activo de la cantidad de

300.000 pesetas como precio de la venta del Pub “P.P.” por parte del demandado, cantidad que se estima insuficiente atendido al

valor real del mismo, ha de ser distinta la solución adoptada. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 23 de marzo de 1998, la aplicación sistemática de los artículos 1390 y 1397 del Código Civil “permite indudablemente traer a la masa ganancial el importe actualizado del valor de los bienes enajenados por negocio ilegal o fraudulento que no hubieran sido recuperados, tanto en el caso en que el negocio hubiera sido anteriormente impugnado como en el contrario, lo que exigirá, en este último, que en el juicio liquidatorio, que en tal aspecto no tiene límite, se entre previamente en la resolución de la ilegalidad o fraudulencia, como base imprescindible para las ulteriores operaciones particionales”. Así procede en el presente caso, dado que la transmisión del negocio a doña Antonia en fecha 20 de enero de 1997, próxima a la de separación de los cónyuges (las medidas provisionalísimas de la separación se adoptaron en fecha 24 de febrero siguiente) por precio de 300.000 pesetas (documento privado obrante al folio

176), pone de manifiesto la actuación del demandado en fraude de la sociedad de ganancias, cuando resulta notorio el hecho de que la instalación y el propio valor del negocio en funcionamiento era muy superior a dicha cantidad como viene demostrado además por la declaración testifical de don César (f. 144), que anteriormente fue socio del demandado en dicha explotación que iniciaron juntos, el cual afirma que en la instalación y puesta en funcionamiento, que había tenido lugar en octubre de 1996 (f. 142), se invirtieron unos 25.000.000 pesetas, de los que el demandado aportó dieciocho o diecinueve millones, y posteriormente en febrero de 1997 dicho demandado le compró su parte por 8.000.000 pesetas.

En consecuencia, resulta de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 1397.2.^o del Código Civil y ha de incluirse en el activo de la sociedad el importe actualizado del valor que dicho negocio tenía en la fecha de su transmisión (20 de enero de 1997).

XI. FILIACIÓN

1. *No procede excluir al padre de las funciones de la patria potestad ya que no se opuso a considerarse padre de la menor sino que sólo quería hacerlo sobre una base cierta y segura.*

AP BALEARES, Sec. 5.^a, Sentencia de 2 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Cabrera Barbosa.

A la vista de lo actuado en la 1.^a instancia del presente juicio de Menor Cuantía en el que se ejercita una acción de reclamación de filiación no matrimonial, resolvió la juzgadora *a quo* —sustancialmente— estimar en

parte la demanda interpuesta por D.^a M.^a de la Caridad en nombre y representación de su hija menor de edad llamada también M.^a de la Caridad y estimar íntegramente la demanda reconventional interpuesta por D. Pablo,

y, en su consecuencia, declarar que dicha menor era hija no matrimonial de D. Pablo, quien, aparte de tener el derecho a relacionarse con su hija (cuya forma de ejercitarlo se relaciona en el Fallo de la sentencia), le correspondía también la obligación de contribuir a la alimentación de aquélla en la suma de 70.000 pts. mensuales, en el bien entendido de que el término alimentación es genérico englobando no sólo la manutención sino conceptos de variada índole (vestimenta, educación, asistencia médica, etc., etc.) imprescindibles para subvenir las necesidades de un hijo que no puede valerse por sí mismo.

Recurrieron en apelación la meritada sentencia tanto la actora como el demandado, exponiendo cada uno de ellos por su orden en el acto de la vista de los respectivos recursos lo que tuvieron por conveniente en defensa de sus contrapuestas posiciones; siendo que el M. Fiscal, que intervino dada la naturaleza del procedimiento y velando por los intereses de la menor, solicitó la confirmación de la sentencia recurrida por entender que era ajustada a derecho en todas sus partes.

La actora apelante manifestó en primer lugar que la sentencia de instancia incurría en incongruencia habida cuenta la declaración que se efectuaba en el fallo consistente en estimación íntegra de la demanda reconvenzional, cuando esta estimación era solamente parcial; invocó al respecto el art. 111 del CC en relación desde luego a los arts. 120.3 y 24 de la CE y al art. 209 de la vigente LEC.

Es cierto que, según el art. 111.2.º del CC, queda excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas el progenitor respecto del que se hubiere determinado judicialmente la filiación contra su oposición, siendo que incluso no ostentará tampoco derecho alguno por ministerio de la ley respecto del hijo, pero también es verdad que en el caso que nos ocupa el esposo no se opuso a considerarse padre de la menor M.ª de la Caridad, sólo que quería hacerlo sobre una base cierta y segura, no porque la madre de

la niña lo sostuviera. Véase sino el hecho 6.º al 7.º de la contestación a la demanda (y a su vez demanda reconvenzional) al decir “mi principal no ha negado la relación sentimental con la actora, entendemos que existe un principio de prueba para admitir la demanda, pero también afirmamos que dicha prueba es insuficiente para declarar la filiación pretendida por la actora, y que serán necesarias pruebas genéticas que acrediten esa filiación, y que desde este momento mi principal acepta someterse a ellas para determinar si es o no el progenitor de la menor”. Véase también el hecho 9.º al 10.º “mi principal no niega que existió una relación con la actora, pero tiene muchas dudas sobre la paternidad de la niña, paternidad que por otro lado la actora nunca hasta ahora le ha confirmado. Por tanto aceptará la filiación si ésta queda demostrada a través de las pruebas genéticas correspondientes, y estará dispuesta a prestar a la niña los alimentos precisos ... A la vez que exigirá que se fijen las visitas que como padre le puedan corresponder”. Y, véase asimismo el hecho 11 propio cuyo segundo párrafo contiene lo siguiente “como desde el principio del escrito hemos manifestado, está dispuesto a hacerse cargo de sus responsabilidades económicas siempre que se acredite debidamente y con las pruebas genéticas correspondientes su paternidad”, siendo que en el penúltimo párrafo se dice “Mi principal por otro lado desea, y le asiste el derecho que, en caso que se declare su paternidad, se contemple el derecho de visitas que asiste a todo padre”.

En estas circunstancias, y puesto que la prueba del ADN vino a asegurar que el demandado era el padre de la niña M.ª de la Caridad, podía entrar en juego ya lo que él mismo había anunciado sobre asunción de obligaciones pero también de derechos, y que incluso había suplicado conforme puede verse al fol. 81 de las actuaciones.

En definitiva, el art. 111.2.º del CC no puede aplicarse al caso porque el demandado no negaba que, fruto de las relaciones sentimentales mantenidas con la actora, ésta pudiera haber concebido un hijo de él, pero

quería que resultara acreditada de manera fiable (científicamente) su paternidad, no oponiéndose en absoluto sobre esta base a ejercitar los derechos y obligaciones que le asistían como progenitor. Por ello, no puede sostenerse que la sentencia de instancia peca de incongruencia al contener su fallo la

expresión “estimando íntegramente la reconvenicional” y contener un apartado 4.º referido a régimen de visitas, porque era extremo contenido en la contestación a la demanda —demanda reconvenicional, suplicados y discutidos con sometimiento a la debida contradicción.

2. *Nulidad del reconocimiento de la filiación efectuado ante el Registro Civil una vez acreditado que el actor no adquirió un conocimiento completo y terminante de que no era el padre biológico del niño hasta que se practicó la prueba destinada a comprobar tal situación.*

AP SEVILLA, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Núñez Ispa.

Las cuestiones objeto del proceso se plantean dentro de un sistema de normas imperativas y vinculante en el ámbito del Derecho de Familia (donde destaca el derecho de los hijos menores de edad, matrimoniales o no matrimoniales), con aplicación, igualmente de las normas procesales de orden público; y junto a los argumentos del recurso de apelación formulado por la representación de la señora madre del menor y de la adhesión al recurso por la representación del señor impugnante de la filiación, destaca el informe del Ministerio Fiscal con un examen de la Constitución Española de las actuaciones y de las pretensiones opuestas, dirigido a la primacía de la Ley y protección del interés del menor. Pero de lo actuado en el proceso también aparece una anómala actuación procesal de la señora representante del menor allanándose a la demanda que en todo caso configura un criterio particular aunque esa diligencia procesal no surta efecto en juicio por tratarse de materia de filiación sobre la

que no es admisible acuerdo ni transacción particular.

Con esta situación y conforme a la prueba practicada por la representación actora en el proceso dada la declarada situación de rebeldía de la demandada (aunque quizás su situación procesal correcta, dado que se personó en autos para allanarse, sería tenerla por personada pero sin otra actuación procesal), resulta manifiesto que la acción de impugnación de la filiación, mediando posesión del estado del menor afectado ha caducado por el transcurso de los cuatro años previstos por el art. 140 del Código Civil. Más, por el contrario, sí tiene eficacia la acción de impugnación del reconocimiento que se practicó en el Registro Civil por el actor, demostrado que éste no adquirió un conocimiento completo y terminante de que no era el padre biológico del niño hasta que se practicó la prueba destinada a comprobar tal situación y tal determinación de que no

era el padre biológico, según el detallado informe técnico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Sevilla. Circunstancia demostrada en el proceso y no desvirtuada por la inactividad de la madre del menor (aunque se pidieron pruebas en la segunda instancia que se denegaron por la Sra. Magistrada Ponente distinto del que por

turno nuevo asumió la nueva ponencia). Que exige la aplicación al caso del art. 141 del Código Civil por error padecido por el actor al otorgar su consentimiento, en relación con los arts. 1265 y 1300, según estableció con absoluta corrección la sentencia y el auto aclaratorio en la instancia, que procede sean confirmados.

XII. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Inexistencia de situación de desamparo, ya que la guarda de hecho ejercida por los abuelos se hacía de forma adecuada, si bien se aprecia la existencia de una situación de riesgo, que precisa la intervención de los servicios sociales.*

AP VIZCAYA, Sec. 4.^a, Auto de 3 de enero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

Es objeto de recurso el auto dictado en primera instancia con fecha de 5 de marzo de 2001 que rechaza la oposición deducida por los padres contra la Orden Foral por la que se declara a la menor en situación de desamparo y se adoptan una serie de medidas en lo concerniente a su tutela, guarda, y régimen de visitas a favor de sus padres, abuelos y tíos maternos. Recurren el reseñado auto, por un lado, los progenitores y, por otro, sus abuelos. Los primeros alegan error en la valoración de la prueba y, por consecuencia, infracción del artículo 172 del Código Civil; se sostiene, en definitiva, que no se ha producido la situación legal de desamparo y que, por tanto, no corresponde a la Diputación Foral de Vizcaya asumir la protección de la menor, por todo ello interesan los recurrentes el dictado de resolución re-

vocando la recurrida con el sentido de dejar sin efecto la declaración legal de desamparo de la menor y acordar su entrega a sus padres biológicos o, en su defecto, a sus abuelos maternos. Los segundos alegan, igualmente, error en la valoración de la prueba al considerar demostrado que han venido ejerciendo de modo satisfactorio sus labores de guardadores de hecho de la menor y, por tanto, que la misma no ha estado en situación de desamparo, por lo que procede, según señalan, devolver a la menor a su familia de origen al no haber lugar a declararla en situación de desamparo.

La LO 1/1996 emplea el término amplio de situación de desprotección social del menor para referirse a todas aquellas situaciones que perjudiquen su desarrollo personal o

social. No todas las situaciones de desprotección social tienen la misma gravedad. La LO 1/1996 introduce la distinción entre: 1.^º Situaciones de riesgo (art. 17) que son aquellas de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, sin que requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, y 2.^º Situación de desamparo (art. 18) que aparece definida en el art. 172.1 del Código Civil (CC) como la que se produce de hecho “a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. En ambos casos la administración competente tiene la obligación de actuar. No obstante, sólo la situación más grave, la de desamparo, dará lugar a la asunción de la tutela por ministerio de la Ley. En el caso de existencia de una situación de riesgo, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que asisten al menor y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. En el supuesto de que se constate una situación de desamparo, Por ministerio de la ley quedará constituida de forma automática la tutela sobre el menor, debiendo la administración competente adoptar de forma inmediata las medidas oportunas (arts. 18 LO 1/1996 y 172.1 del CC). La definición legal de la situación de desamparo contempla dos aspectos: 1.^º Una omisión o ejercicio inadecuado por parte de los padres o tutores de sus deberes de protección, y 2.^º Un resultado: que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material. El análisis de ambos puntos se realiza de forma absolutamente objetiva, de suerte que siempre que nos encontremos ante un menor privado de la necesaria asistencia moral o material se presumirá que existe una omisión o ejercicio inadecuado de los deberes de protección, y resultará indiferente si esa omisión o ejerci-

cio inadecuado es imputable a los padres o tutores o a circunstancias de hecho que lo impidan, ya que la ley expresamente prevé que existirá desamparo aunque el cumplimiento de los deberes por parte de padres o tutores sea imposible. En este sentido se pronuncia el TC, 1.^ª, 25-05-1992. Por tanto, existirá situación de desamparo y se presumirá en todo caso incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, siempre que nos encontremos con un menor privado de la necesaria asistencia moral o material. Debiendo tenerse muy en cuenta a la hora de interpretar el art. 172 del CC, tal y como destaca la AP de Sevilla en la sentencia de 23 de noviembre de 1999, cuya tesis compartimos, la referencia que en el precepto se hace al modo de hecho en que se produce la situación de desamparo, lo que obliga a una constatación del estado del menor, es decir, el lado pasivo de la relación guardador-guardado, pues de lo que se trata, a la hora de determinar si existe o no situación legal de desamparo, es de comprobar la situación real y actual del menor al momento de intervención de la Administración, verificando si aquél tiene cubiertos o no los bienes materiales y morales fundamentales exigidos por la Ley, cualquiera que sea quien se los proporcione, porque el precepto no trata de regular y sancionar el ejercicio de deberes inherentes a la patria potestad, ni siquiera los inherentes a la guarda del menor, sino la situación en que se encuentra éste, aunque, lógicamente, a consecuencia del incumplimiento de aquéllos; de tal suerte que si el incumplimiento discurre por un lado y la situación fáctica del menor por otro, de forma que en ésta ninguna influencia o incidencia supone aquél, el mecanismo de actuación podrá ser otro, pero nunca la calificación como de desamparo de una situación que sólo por su referencia a un estado de hecho puede ser llevada a cabo, lo que significa, si este estado no concurre, que aquella calificación no resulta posible.

Pues bien, en nuestro caso no cabe medida tan drástica como la adoptada por la Di-

putación, dado que, al momento de su intervención, no se puede considerar que la situación de hecho en la que se encontraba la menor pudiese catalogarse o calificarse como de desamparo. La menor, que estaba bajo el cuidado y guarda de hecho de sus abuelos maternos, presentaba, según informó la pediatra, el aspecto general de una niña sana y bien cuidada. Se señalaba, igualmente, que la niña acudía regularmente a las revisiones y que su estado físico era normal, siendo normal asimismo su desarrollo psicomotor. Es cierto que también se significaba un ambiente de alto riesgo en el entorno familiar, pero no lo es menos que también se destacaba, aunque se sugiriese por ello la necesidad de una actitud atenta y vigilante de cara al futuro, que dicho ambiente no parecía haber influido hasta el momento en el desarrollo psico-físico de la menor. No cabe por tanto, así las cosas, ni siquiera sobre la base del informe pericial psicológico emitido, no obstante las carencias de progenitores y abuelos, calificar la situación real y actual de Fátima al momento de la intervención de la Diputación, como una situación de desamparo, que tan sólo resultaría dable apreciar, como tal situación de hecho cualificada por el resultado de privación de la necesaria asistencia material y moral en que debería haber quedado la menor, en el caso de haberse acreditado efectivamente, lo que no se

puede reputar como probado, el incumplimiento de unos mínimos de atención a la menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación (SSTC 143/1990 y 298/1993). Que existe una situación de riesgo no lo dudamos, pero dicha situación no se puede hacer equivalente a la situación de desamparo. En el caso presente nos encontramos en realidad ante una situación que precisa de la intervención de los servicios sociales prestando todo el apoyo que sea posible a la familia al objeto de garantizar en todo caso los derechos que asisten a la menor, debiendo estar orientada la actuación de la Administración a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección de aquella y su familia y sin perjuicio de adoptarse por la misma la resolución que proceda, si en lugar de observar una mejoría de la situación, llegaran a apreciar la situación contraria, en cuyo caso, evidentemente, nada impediría una nueva declaración de desamparo y adopción de la tutela automática.

2. *En la apelación contra el auto que acuerda la adopción no puede volver a discutirse lo resuelto en el incidente de oposición.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 18 de enero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Frente al auto que constituye la adopción de José Miguel en favor de los hoy apellidados, se alza la madre biológica aduciendo,

en primer término, que no se han cumplido los requisitos legales al efecto exigidos, dado que, cuando se inicia expediente, los pro-

genitores del adoptando seguían manteniendo la patria potestad sobre el mismo, y no otorgaron el preceptivo asentimiento. En segundo lugar se denuncia que el procedimiento seguido para la adopción es inadecuado, pues la apertura del juicio verbal del artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está constreñido a la hipótesis de que los progenitores hayan sido citados sólo para audiencia, lo que no acaecía en el presente caso. Por ello, y siendo necesario su asentimiento, debió aplicarse lo prevenido en el artículo 1832 de la citada ley procesal, lo que habría derivado necesariamente en los trámites del juicio declarativo correspondiente.

Por todo cual, según se esgrime, se ha causado a la apelante un perjuicio, ya que no ha podido demostrar, con los informes técnicos cualificados, que está totalmente capacitada para hacerse cargo del cuidado y educación de su hijo, habiendo de repararse tal agravio con la devolución del menor.

Con anterioridad a entrarse en la fase final de la resolución del expediente que se somete a la consideración de la Sala, y ante la oposición manifestada por la hoy apelante y su esposo a la constitución del vínculo adoptivo, se abrió el cauce al efecto habilitado por el artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que culminó en sentencia de 13 de julio de 1998, confirmada por la de este mismo Tribunal de 2 de febrero de 2000, mediante la que se declaró a aquéllos incurso en causa de privación de patria potestad, lo que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 177.2.2.º del Código Civil, excluía la necesidad de su asentimiento para la constitución del vínculo adoptivo.

Se revela, por ello, absolutamente inconsistente el argumento utilizado por la apelante respecto de la plena conservación de dicha potestad en el momento del inicio del expediente, pues aun siendo cierto tal dato, en un plano de titularidad formal, no imponía, sin embargo, un vinculante asentimiento, al contemplar la Ley la posibilidad procedimental, dentro de los autos de adopción,

de declarar a los procreadores biológicos incurso en causa para ser privados de la citada potestad, lo que así se llevó a efecto en el caso, creando un nuevo marco jurídico excluyente de dicho requisito.

De otro lado, y habiendo quedado definitivamente cerrado el citado trámite, no es viable, en la presente fase del procedimiento, la apertura de un debate sobre lo correcto o inadecuado del cauce al efecto seguido, lo que, en su caso, debió ser esgrimido mientras el mismo mantenía vigencia, pero que entonces ni siquiera se intentó, por lo que las objeciones *ex novo* articuladas se revelan fuera del contexto en que las mismas debieron, en su caso y momento, discurrir.

De todos modos debe destacarse que la apertura del trámite del artículo 1827, no obstante la dicción formal del mismo en orden a una inicial citación de los progenitores para ser sólo oídos, venía interpretándose en la praxis judicial a la luz del principio del *favor filii*, consagrado en el artículo 39 de la Constitución y desarrollado por los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, evitándose que un mero formalismo en la originaria citación pudiese cerrar definitivamente las puertas a la adopción, ante procreadores que no estaban privados de la patria potestad, y respecto de los que, en un plano de rigor constitucional, sería sumamente discutible una originaria calificación, sin debate judicial alguno, de estar incurso en causa de privación de patria potestad en la citación para ser oídos. Por lo cual la disposición final undécima de la citada Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, vino a establecer que la posible incursión en causa para ser privado de la patria potestad “sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, lo que, en definitiva, venía a excluir dicha apriorística calificación en la primera citación realizada a los procreadores.

Siendo ello así, y tramitado además el presente expediente bajo la vigencia de la citada legalidad, los alegatos al efecto verti-

dos por la recurrente acaban por perder la escasa virtualidad enervatoria que pudieran haber alcanzado bajo la antecedente normativa.

Tampoco es de aplicación al supuesto analizado el artículo 1832 de la citada Ley de Enjuiciamiento, pues el mismo viene constreñido a las eventualidades que contemplan los artículos 179 y 180 del Código Civil, que no afectan a la constitución del vínculo adoptivo, sino tan sólo a los supuestos de privación al adoptante de las funciones tuitivas y extinción de la adopción.

No puede entrarse, en el presente momento y trámite procesales, en el análisis de la aptitud de la recurrente para asumir el cuidado de su hijo, pues tal cuestión ya quedó suficientemente debatida y resuelta en el cauce *ad hoc*, esto es en el juicio verbal del artículo 1827, argumentándose entonces por esta misma Sala la absoluta dejación que los progenitores de José Miguel habían hecho de sus deberes respecto al mismo, y la incapacidad de la madre para superar una situación

personal que se revelaba incompatible con la función que decía querer asumir, no habiendo realizado ningún esfuerzo al efecto.

En definitiva, y superada dicha fase procedimental, lo único que en el presente estado del expediente podía debatirse era la aptitud de los solicitantes, y si la adopción pretendida por los mismos era beneficiosa para el menor, pero sin reabrir un debate que ya tuvo, con plenas garantías para la hoy recurrente en orden a la probanza de lo que ahora vuelve a alegar, su específico cauce procedimental.

Y no exponiéndose que la adopción propugnada sea perjudicial para el adoptando, apreciándose de lo actuado precisamente lo contrario, se ha de poner fin definitivamente al expediente, con la constitución del vínculo jurídico pretendido, que se ha ido dilatando por la oposición contumaz de la madre biológica, entendible en un plano humano, pero ajena al beneficio del menor, en cuanto postulado prioritario en que se ha de asentar la resolución judicial.

3. *Declaración de desamparo de una menor y constitución de la tutela ordinaria nombrando para tal cargo a la guardadora de hecho.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Auto de 30 de enero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José J. Solchaga Loitegui.

Tanto la guardadora de hecho como la madre del menor instan en sus recursos contra el Auto del Juzgado que se conceda la tutela a aquella, D.ª María Ángeles, madre del menor, que al ser oída en el expediente de jurisdicción voluntaria, había manifestado que considera que la persona más idónea para ejercer el cargo de tutor del menor, sería la madre de la compareciente, D.ª María, abuela del menor y vecina de Bilbao, donde conviven ambas; cuando se le dio traslado del escrito de interposición de recurso de

apelación interpuesto por D.ª Felicidad contra el Auto del juzgado denegatorio de dicha tutela, presentó escrito impugnando asimismo dicho Auto de 25 de mayo de 2001 interesando, el nombramiento de D.ª Felicidad como tutora.

En vista de que el menor en su exploración judicial manifestó que quería seguir viviendo con D.ª Felicidad, la madre se planteó dejando a un lado sus propios sentimientos, lo que realmente sería mejor y haría

sufrir menos a su propio hijo, ya que en todo momento quiere lo mejor para él, y entiende que el hecho de desvincular ahora a su hijo del entorno en que siempre ha vivido y obligarle a desarrollarse en el seno de una nueva familia, trasladándose a otra localidad y dejando atrás todo su círculo social y escolar, pudiera ser perjudicial para este. Es por ello, por lo que extrajudicialmente y siempre pensando en el beneficio del menor, las partes han hablado a través de sus respectivos letrados y han considerado que lo mejor para el menor sería seguir viviendo como hasta ahora lo ha hecho, es decir en el seno de la familia de la contraparte, donde se encuentra perfectamente integrado, siendo además el deseo del menor seguir viviendo de la forma y manera como hasta ahora lo ha hecho, sin perjuicio de que su madre biológica y abuela materna (siempre que el menor lo desee) puedan relacionarse con este.

Según el artículo 215 del Código Civil son Instituciones de guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados: 1. La tutela. 2. La curatela. 3. El defensor judicial. En primer lugar ha de ponerse la patria potestad, en cuanto la tutela es un remedio supletorio de aquella.

En el presente procedimiento de jurisdicción voluntaria, la guardadora de hecho del menor, solicita la constitución de tutela de este, designando a la misma tutora. El artículo 229 del Código Civil dice: Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella, y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Según su artículo 222: Estarán sujetos a tutela: 1. Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. 2. Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido. 3. Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar esta, salvo que proceda la curatela. En ninguno de los tres

supuestos anteriores se funda la petición de la guardadora de hecho, sino en el 4.^º introducido por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, los menores que se hallen en situación de desamparo.

Es de distinguir el hecho del desamparo y su configuración jurídica situación de desamparo, declarada administrativa o judicialmente. El concepto de desamparo lo da el artículo 172.1 párrafo segundo del código Civil: se considera como situación de desamparo la que se produzca de hecho o a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. El desamparo como hecho, aunque algún autor ha entendido que no existe si el menor esta bajo guarda de hecho, hay que referirlo a los padres biológicos, en relación a los cuales, de lo transcrito del recurso de la madre resulta la imposibilidad de esta del ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, con referencia a la patria potestad.

En consecuencia, se da ese desamparo de hecho en el menor, y que de constituirse la tutela conllevará la suspensión de la patria potestad en la madre.

Dicho número 4 del artículo 172 del código civil, introdujo en 1987, la denominada tutela legal o automática, del artículo 239 del código civil, para los menores en situación de desamparo. Según el citado artículo 239.1 la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la Entidad a que se refiere el artículo 172. De modo que, encontrándose un menor en desamparo de hecho, por la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma encargada de velar por la guarda y protección de los menores, si procede, dictar resolución declarando al menor en situación de desamparo y automáticamente por ley se constituye esta tutela de aquella entidad.

El propio artículo 239 en su apartado dos establece una excepción, dice: Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor

conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor, o por otras circunstancias, pueden asumir la tutela con beneficio para este.

Para constituir esta tutela, es procedimiento adecuado el de jurisdicción voluntaria, para que no quede durante largo tiempo indefinida la situación del menor, sin perjuicio de ulterior examen, en su caso, en la jurisdicción contenciosa. Los dos requisitos de la constitución de esta tutela son: El primero la declaración del menor en situación de desamparo, y que es de entender puede considerarse en el presente procedimiento en cuanto requisito concurrente para la tutela que se pide. En este procedimiento se ha oído al hijo; nacido en 23 de septiembre de 1987, el cual ha manifestado que lleva viviendo con D.^a Felicidad desde siempre, que quiere seguir viviendo con ella, y que se encuentra a gusto con ella y que le cuida como si fuera su madre, que le hace ir al colegio, y que le compra todo lo que necesita y esta personada con Abogado y Procurador la

madre biológica, residente fuera de Zaragoza, la cual al no poder cumplir los deberes de la patria potestad manifestó inicialmente que se defiriera la tutela a la madre de ella; y en el recurso que se nombre tutora a la guardadora de hecho actual.

Por tanto, estando presente la madre biológica, y oído el menor, al darse la situación de desamparo respecto de aquella procede declarar dicha situación.

El segundo requisito, es que la tutora a nombrar, sea persona que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pueda asumir la tutela con beneficio para este. Lo cual concurre según reiteradamente queda expuesto.

En consecuencia es de estimar los dos recursos de apelación de las representaciones de la promovente del procedimiento y de la madre biológica, concurrentes en la solicitud de que se constituya la tutela del menor, y se defiere a su guardadora de hecho D.^a Felicidad. Dicho menor carece de bienes conocidos.

XIII. UNIONES DE HECHO

1. *Existencia de precario en la ocupación de la vivienda por parte del compañero sentimental del propietario, sin que sea de aplicación la Ley de Parejas Estables al ser posterior, además de no concurrir en la pareja los requisitos exigidos en dicha norma.*

AP BALEARES, Sec. 5.^a, Sentencia de 11 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Cabrer Barbosa.

Demandante y demandado estuvieron unidos sentimentalmente durante años, constando acreditada su convivencia desde que, habiendo comprado en el año 1986 el Sr. M. la vivienda sita en Palma de Mallorca, ambos instalaron allí su residencia. Lle-

gado el momento de la ruptura de aquella relación alrededor del año 1999, el Sr. M. se marchó de la vivienda —actualmente vive en un pueblo de Granada— e instando al Sr. R. para que hiciera lo propio, pero, al no lograrlo, interpuso en su contra el corres-

pondiente juicio de desahucio, el cual, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Palma, terminó con sentencia desestimatoria de la demanda al considerar la juzgadora que la dictó, que constituía el objeto de la *litis* una cuestión compleja que precisaba ser resuelta por los trámites del juicio declarativo ordinario que correspondiera pero no por los del juicio de desahucio que por ser naturaleza sumaria otorgaba a las partes menores garantías.

Quien acudió al declarativo ordinario correspondiente fue el Sr. R., a cuyos efectos interpuso la demanda instauradora de la presente *litis* suplicando en esencia: a) la declaración judicial de que le asistía el derecho a seguir poseyendo la vivienda de autos; y, b) que en el caso de que no se accediera a efectuar aquella declaración, que se le concediera el derecho a percibir una indemnización por la pérdida de dicha posesión. Pero no quedó a la zaga el Sr. M. pues, aparte de contestar a la demanda, reconvino interesando el desahucio del demandante principal de la vivienda de su propiedad que venía ocupando aquél por mera tolerancia del dueño. La sentencia recaída en la primera instancia fue desestimatoria de la demanda y estimatoria de la reconvención, por lo que procedió a recurrirla en apelación la parte demandante.

De lo manifestado en esta alzada por la parte apelante se tiene que distinguir, por cuestión de orden, lo fáctico de lo jurídico. En relación con los hechos sobre los que se ha sustanciado la pretensión del Sr. R., cabe decir lo siguiente:

Que la vivienda de Palma de Mallorca fue adquirida sólo por el Sr. M. Así consta a los folios 204, 234 y cc. de las actuaciones. Que el préstamo hipotecario constituido sobre esta vivienda le otorgó por la Caja de Ahorros de Baleares a favor del Sr. M. exclusivamente no habiendo por el contrario demostrado el Sr. R. que fuera él quien pagara las amortizaciones del préstamo; Que quien pagaba las cuotas de la Comunidad de propietarios era el Sr. M.; Que quien hacía

efectivo el pago del IBI era D. Alberto M.; Que quien declaraba los rendimientos de la vivienda en la declaración del IRPF era el Sr. M.; Que los hoy litigantes poseían cartillas de ahorro distintas; Que el demandado adquirió asimismo con bastante posterioridad a la compra de la vivienda de autos otros inmuebles y un negocio; sin que participara tampoco para nada en ello el demandante.

Todos estos hechos afectan al núcleo de la cuestión debatida, porque el objeto principal del pleito estriba en determinar si asiste al demandante derecho a la ocupación de la vivienda que conlleve la posibilidad de mantenerle en ella o de recibir en su caso una compensación económica si se decidiese lo contrario.

Por el contrario, el demandante ha probado circunstancias periféricas concurrentes en el caso, como por ejemplo que la línea telefónica estuviese a su nombre o que hubiese adquirido algún tipo de mobiliario para ser usado en la vivienda.

Por último debe tenerse en cuenta que cada uno de los litigantes tenía su propio trabajo fuera de la casa y que el hecho de haber pagado el actor a una señora de la limpieza no es de extrañar si se tiene en cuenta que, como él mismo reconoce, la propia madre fue a vivir con ellos. Éstos son los hechos: veamos a continuación las consecuencias jurídicas que de los mismos pueden extraerse.

En un loable intento de defender los intereses de su cliente, la letrada del Sr. R. hizo una exposición encomiable y vanguardista de la que se puede destacar la, a su entender, posibilidad de aplicar al caso mediante una analogía *iuris* (no *legis*) lo que rige para las uniones matrimoniales (o no matrimoniales heterosexuales). La Sala debe atenerse a la aplicación de la normativa jurídica reconocida en nuestro ordenamiento, que supone el acogimiento en primer lugar de las disposiciones legales, y, sólo en su defecto de la costumbre (y usos), así como de los principios generales del derecho (sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico). También puede apli-

car la jurisprudencia interpretadora de aquella normativa.

Teniendo en cuenta esto, observa este Tribunal que el art. 39.1 de la CE consagra la obligación de proteger a la familia, habiéndose cuidado el TC en S. 47/1993, de 8 de febrero, de señalar que por ella no sólo debe entenderse la familia surgida de la institución matrimonial. Pero observa también que la legislación ordinaria al tratar de dar protección a uniones no matrimoniales, contiene una serie de exigencias. Así por ejemplo, la Llei de Parelles Estables recientemente aprobada por el Parlamento Balear viene a referir que la convivencia ha de ser libre, pública, notoria, de afectividad análoga a la conyugal e inscrita en el Registre de Parelles Estables, porque la inscripción tendrá carácter constitutivo. Pues bien, en el caso, en el que por otra parte no puede aplicarse la Llei referenciada al ser en todo caso posterior al supuesto de autos, no consta de todos modos acreditado que concurran los requisitos antes mencionados.

Y tampoco es aplicable el art. 96 del CC, lo que en todo caso excluye el agravio comparativo con las parejas de hecho heterosexuales. Siendo que, por otra parte, tampoco puede predicarse el agravio comparativo con las matrimoniales, porque éstas se atie-

nen a una legislación específica, cosa que se vislumbra podrían hacer en el futuro las uniones de hecho que cumplan —por el momento— con determinados requisitos.

Desde luego que puede considerarse cuando menos preocupante que en parejas que han convivido durante años sin formalizar su unión y a la postre la rompen, pueda quedar perjudicado quien haya dedicado trabajos y esfuerzos al común real pero no jurídicamente constituido. Sin embargo, podrían verse compensados aquellos esfuerzos por otras vías como por ejemplo la del instituto del enriquecimiento injusto. Pero el caso es que tiene que quedar acreditado el supuesto de hecho, lo que no ocurre en los presentes autos en que lo único que se aprecia es una convivencia sentimental de años pero sin esfuerzos serios y concretos del demandado de contribución a la casa común o a los negocios del Sr. M. (que ya se ha visto cómo ha realizado una febril actividad inversionista y empresarial él solo); dicho señor no se ha enriquecido a costa del actor que ha venido ocupado durante años también la vivienda del demandado sin pagar merced, incluso haciendo lo propio durante algún tiempo también su madre. Es cierto que ha comprado algunos enseres, pero nada obsta a que pueda retirarlos del inmueble llegado el momento.

2. *No fijación de pensión compensatoria ni indemnizatoria en una pareja de hecho, ya que no ha acreditado la conviviente la imposibilidad de trabajar, ni la situación de desequilibrio que le origina el cese de una relación de muy corta duración.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 22 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

Interesa también la parte recurrente el reconocimiento de la pensión compensatoria, por el importe ya indicado, aun no existiendo

unión matrimonial con el apelado, aunque sí una relación de convivencia que la propia mujer señala que comienza a finales de 1997.

Ciertamente, y en el ámbito estrictamente jurídico, y sin descender por ahora al supuesto fáctico que nos ocupa, tal cuestión se hallaba perfectamente definida con anterioridad a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de fecha 27 de marzo de 2001, y para rechazar dicha reclamación económica, o cualquier otra, en la medida que se afirmaba que, a los fines de resarcimiento que se pretende, no era equiparable las uniones no matrimoniales con aquellas de carácter matrimonial, de manera que era de imposible aplicación para las primeras lo dispuesto en el artículo 97 del Código Civil.

Sin embargo, la postura de nuestro alto tribunal no resulta ya absolutamente definida al respecto, según se deduce, no solamente de la sentencia antes aludida, dictada en un supuesto de reclamación de indemnización compensatoria al conviviente perjudicado, con aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto, señalándose ya que no era posible rechazar tal teoría, y por tanto la reclamación, en razón de la aplicación analógica del derecho.

Resulta, si cabe, más clara, en orden a la posible viabilidad en algunos supuestos del derecho invocado, la argumentación jurídica contenida en la sentencia dictada también por el Tribunal Supremo, de fecha 5 de julio de 2001, resolución que desestimó el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, que condena al recurrente al pago de una determinada cantidad alzada, si bien, y aunque la sentencia de la sala no fue atacada por quien fue parte apelada también ante la Audiencia, el alto tribunal establece una precisa argumentación a propósito de la viabilidad, en determinados casos y circunstancias, del reconocimiento del derecho establecido en el artículo 97 del Código Civil.

Ciertamente tales reflexiones constituyen un razonamiento *obiter dicta*, en razón de la cuestión realmente debatida en el recurso de casación, pero tienen una especial y significativa importancia de cara a la resolución de supuestos análogos, siempre que dicho de-

bate tenga la viabilidad procesal oportuna a través del correspondiente recurso.

En esta resolución, como ya se indicaba también en la sentencia de 22 de julio de 1993, 16 de diciembre de 1996, entre otras, se advierte que las llamadas “uniones de hecho” constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ser admitida, no solamente por el Tribunal Supremo, sino también por el Tribunal Constitucional (sentencias 18 de enero y 8 de febrero de 1993, entre otras), partiendo del reconocimiento de la plena legalidad de toda estable unión entre hombre y mujer, como manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegida como la creada a través del matrimonio (artículo 39 de la Constitución), y aun siendo cierto que tales uniones no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como realidades equivalentes a aquella otra unión matrimonial, no pueden ser aplicables a dichas uniones normas establecidas para el matrimonio, salvo que pudieran utilizarse por la vía de la analogía.

En este sentido, por derivación de los principios constitucionales de nuestro texto fundamental, se han pronunciado al respecto de la cuestión que nos ocupa, diversas leyes de determinadas comunidades autónomas, y ello para impedir que una de las partes de la relación padezca perjuicios injustos, pues como ha puesto de relieve la sentencia de 27 de marzo de 2001, precisamente donde se suele manifestar más la situación de anomalía es en los posibles efectos económicos derivados de una ruptura de tales uniones producida unilateralmente, y con relación a la posible indemnización atribuible al conviviente más desprotegido.

La sentencia comentada, de 5 de julio de 2001, no pudo dar respuesta a la pretensión inicialmente planteada, sobre reclamación de pensión por desequilibrio económico, pues no siendo acogida tal petición en la resolución dictada en la instancia, ésta sólo

fue recurrida por el demandado, habiéndose acogido por la Sala la petición subsidiaria, postulando la entrega a la actora de una cantidad que le compense satisfactoriamente de los trabajos, servicios y el empobrecimiento sufrido a consecuencia de los años de convivencia y posterior cesación de la unión no matrimonial.

Teniendo en cuenta que no existe normativa reguladora de las parejas de hecho, salvo las excepciones de concretas autonomías, no por ello debe dejarse de dar respuesta a la problemática suscitada en las comunidades que no han regulado las consecuencias económicas de la disolución de tales uniones, por lo que ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico a través de la aplicación analógica del derecho y precisamente en estos casos de uniones de hecho *more uxorio*.

En este sentido, es posible utilizar la analogía en el sentido previsto en el artículo 4.1 del Código Civil, cuando exista semejanza entre el caso enjuiciado carente de normativa específica y la situación que se produce con el cese de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, estimándose entonces que tal es la normativa de aplicación por identidad de razón. Por ello, entiende el Tribunal Supremo, con aplicación de la doctrina recogida en las resoluciones antes indicadas, hay que concluir señalando que el precepto de aplicación es el artículo 97 del Código Civil, a través de la analogía.

Otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus autonomías tuvieran o no dictada ley de parejas de hecho, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española, precepto fundamental que es de aplicación directa e inmediata, desde que entró en vigor tal texto fundamental (sentencia 216/1991, 14 de noviembre).

Dicho lo anterior, sin embargo, y como quiera que la inicial sentencia de 27 de marzo de 2001 no resolvía un supuesto como el que ahora nos ocupa, teniendo en cuenta que es la sentencia de 5 de julio de 2001 la que

recoge una determinada argumentación jurídica proclive al reconocimiento del derecho a la pensión compensatoria en los casos de ruptura de la unión no matrimonial, si bien tal derecho no se reconoce en razón de la postura procesal mantenida por la parte apelada en aquel recurso, a la sazón, la mujer, es lo cierto que dicha resolución hace referencia a determinados condicionamientos, no del todo definidos, para que tal derecho pueda ser reconocido para una de las partes. Así, se menciona de un modo repetitivo la necesidad de que exista una voluntad unilateral de una de las partes para dar lugar a la finalización y disolución de la unión no matrimonial; se señala igualmente que la analogía, en orden a la aplicación del artículo 97, será posible en la medida que dicha unión lo sea de larga duración y resulte rota unilateralmente..., al tiempo que se hace mención al origen de tal desequilibrio, a la sazón, cuando se vea disuelta unilateralmente la afectividad y convivencia por la voluntad del otro... y ello le origine un desequilibrio, y con relación todo ello al caso analizado en el recurso de casación que entonces se interpuso.

Queda por tanto la duda de si sólo es posible reconocer tal derecho en los casos en los que una decisión unilateral de uno de los convivientes, en contra de la posición del otro, ponga fin a dicha relación de pareja estable, o si, por el contrario, también es posible reconocer tal derecho a uno de aquellos, en los supuestos en los que de común acuerdo, y por falta de interés personal mutuo o desafecto, se decide poner fin también a dicha relación, lo cual, desde luego, en principio, no excluye ni impide la posibilidad de probar la existencia del presunto desequilibrio económico de uno de los convivientes, y también si, en todos los casos, es necesario que dicha convivencia haya sido de larga duración. No se olvide que el supuesto que se analiza y se resuelve en la sentencia de 5 de julio de 2001 lo es con referencia a una pareja que mantuvo una convivencia plena durante muchos años, desde 1974, consentida y querida por am-

bos, llegando el demandado a presentar a la actora en aquel proceso como “su esposa”, manifestando abiertamente el demandado su deseo de contraer matrimonio, siendo así que se pone fin a dicha relación en noviembre de 1991, asumiendo el demandado la obligación, que cumple, de abonar desde 1991 a 1993, la suma mensual de 75.000 pesetas, y en julio y agosto, 50.000 pesetas, habiendo satisfecho 1.525.000 pesetas.

Analizadas las circunstancias concurrentes en el caso de autos, podemos concluir que no existe parecido alguno con el supuesto antes indicado, y analizado en la sentencia aludida, puesto que la convivencia se inició a finales de 1997, no se justifica muy bien cuál fue la causa del cese en la unión no matrimonial, en el año 2000 terminó la relación, a finales de mayo, presentando deman-

da de medidas cautelares la recurrente dictándose auto de 8 de junio de 2000, señalándose las medidas personales y económicas o materiales oportunas, en orden a la custodia de los hijos, régimen de visitas, uso de vivienda y pensión de alimentos.

No acredita la recurrente la imposibilidad de trabajar, ni la situación de desequilibrio que le origina el cese en una relación de muy corta duración, ni tampoco en qué condiciones materiales y económicas se desarrolla su propia vida desde el momento en el que se dictó el auto de medidas cautelares, resolución que no reconoció ningún derecho a la misma pues teniendo en cuenta su edad, treinta años, y que ya trabajó anteriormente, como empleada de hogar, es lo cierto que no es procedente el reconocimiento del derecho que se interesa.

XIV. TEMAS PENALES

1. *Condena por un delito de impago de pensiones, al haberse acreditado a través de la Inspección de Trabajo que el padre realiza trabajos en un taller de joyería.*

AP CÓRDOBA, Sec. 3.^a, Sentencia de 2 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Angulo Martín.

Frente a la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2001 dictada en esta causa por el Juzgado Penal núm. 1 de los de Córdoba, se alza en apelación el condenado en ella, articulando su recurso en un solo motivo, el error en la apreciación de la prueba que lleva al Juzgador *a quo* a la convicción de la solvencia de aquél.

El delito que se imputa a Rafael es el tipificado en el art. 227 del Código Penal, el hecho de dejar de pagar las pensiones eco-

nómicas a hijos o a cónyuge, establecidas en convenio judicialmente aprobado, en supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o, de alimentos en favor de aquéllos, dicción ésta a la que naturalmente ha de añadirse una *conditio sine qua non*, la de poder hacerlo, es decir, contar con posibilidades para ello.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos con la realidad no discutida de una es-

posa y dos hijos del recurrente, una separación legal de la primera, y una condena por sentencia de Juzgado de familia que impone a este la obligación de pago de una pensión alimenticia en favor de los hijos de 40.000 pts., y otra compensatoria por igual cantidad para la esposa, que al parecer termina desapareciendo tras la sentencia de divorcio; por último un impago de tales pensiones desde el mes de noviembre de 1995 inclusive en adelante, existiendo condena penal por el período noviembre de 1995 a noviembre 1997, sin que a partir de ahí tampoco haya pagado ninguna cantidad, hechos estos sobre los que no hay controversia.

La cuestión se centra exclusivamente en si queda o no probada esa posibilidad económica de satisfacer la pensión acordada, y así las cosas, no puede olvidarse que el contenido de las Actas de la inspección de trabajo gozan de la presunción *iuris tantum* de veracidad fáctica, por lo que la obrante en autos como documental pública pone de manifiesto que en dos días del mes de mayo del año 1999, el hoy apelado se encontraba

en los locales de un taller de joyería, actividad que siempre había constituido su quehacer profesional, y que el Administrador de la empresa reconoció ante el organismo inspector que dicho recurrente prestaba allí sus servicios, por lo que al ser ello así, el irrenunciable derecho laboral a percibir el salario, hace que pueda y deba deducirse referida posibilidad económica, y en consecuencia, que las afirmaciones del cuñado relativas a prestación de servicios familiares no retribuidos no deban tenerse por ciertas, y que esa actividad de demandas de empleo o cursillos de trabajo deban ser extremadas como camuflaje para aparentar una situación de insolvencia, que está lejos de ser cierta, para, en base a ella, no pagar dichas pensiones, lo que, *a sensu contrario*, termina por hacer buenas, siquiera sea en su conjunto, las manifestaciones de la esposa que afirman el hecho de verle entrar y salir al local de trabajo, por todo lo cual procede la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte demandante.

2. *Absolución del delito de abandono de menores, ya que este implica que el menor o incapaz sometido a la guarda de una persona sea privado de ella y liberado a su propia suerte, y sin embargo, en el presente caso, lo que se ha producido es un abandono asistencial, que, en el caso de los padres, consiste en incumplir los deberes inherentes a la patria potestad.*

AP GRANADA, Sec. 2.^a, Sentencia de 6 de febrero de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Flores Domínguez.

Por la Sra. Juez del Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Motril, se dictó sentencia con fecha 21 de junio de 2001, en la cual se declaran como probados los siguientes hechos: “Probado y así se declara que en la localidad de Motril (Granada), se tramitó por la Consejería de Asuntos Sociales del

Ayuntamiento, el expediente núm. 49/1999. Como consecuencia de la situación de abandono en que se encontraba la menor de cinco años Sandra, hija de los acusados, en la vivienda sita en la c/ Fray Luis de León, dicho expediente fue remitido al Servicio de Atención al Niño de la Junta de Andalucía

(Granada), donde se procedió a la iniciación del correspondiente expediente de Desamparo. Desde su inicio, las llamadas anónimas de vecinos al citado Servicio, informando que la menor se encontraba sola en situación de abandono, y, que se escuchaban llantos de la misma, así como violentas discusiones entre los acusados (de forma frecuente). En, fecha 9 de marzo de 2000, por auto dictado por el titular del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Motril, se autoriza la entrada en el domicilio de los acusados a fin de verificar la existencia, y, estado de la menor, la que es hallada en compañía de los acusados, encontrándose la vivienda descuidada, sucia, y, con falta de mobiliario.

Por auto de fecha 9 de marzo de 2000 dictado por el mismo titular del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Motril, se acuerda como medida tuitiva, cautelar y provisional atribuir la guarda, y, custodia de la menor al Servicio de Atención del Menor de la Consejería de Asuntos Sociales, Delegación de Granada, procediendo a ingresarla en el Centro de Acogida de Menores, al deducirse que la menor sufría claros indicios de maltrato psíquico por acción, y, maltrato físico por omisión en estado evolucionado, encontrándose en situación de alto riesgo por las circunstancias socio-familiares.

Se declara la situación de desamparo de la menor por expediente 17/2000, de fecha 20 de enero de 2000. Se ha acreditado que la menor ha permanecido en multitud de ocasiones sola en el domicilio familiar cuando ambos padres se trasladaban a adquirir metadona y que incluso los ha acompañado aunque de forma esporádica a mendigar cuando aquellos necesitaban dinero para adquirir droga. Asimismo la menor faltaba al colegio con frecuencia teniendo la profesora que llevarla al domicilio en varias ocasiones porque los padres habían olvidado que tenían que recogerla. Las mejores condiciones en el estado de salud, atención e higiene de la menor ha coincidido cuando ha residido en el domicilio de los abuelos maternos que la han tenido en su compañía en numerosos y largos períodos de tiempo.

La parte dispositiva de dicha resolución contiene el siguiente fallo: “Que debo condenar y condeno a D. Nicolás y D.^a Alejandra, como autores responsables de un delito de abandono de un menor de edad del art. 229 1.º y 2.º del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena, a cada uno de ellos de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad por tiempo de cinco años, y al pago de las costas procesales por mitad. En vía de responsabilidad civil no se hace pronunciamiento. Abónese en su caso, para el cumplimiento de la pena impuesta, el tiempo que el condenado haya estado privado de libertad por esta causa. Remítase Nota de Condena al Registro Central de Penados y Rebeldes del Ministerio de Justicia.”

No se aceptan por esta Sala los hechos de la sentencia recurrida; y son hechos probados que: Hallándose en trámite en el Servicio de Atención al Niño de la Junta de Andalucía un expediente de desamparo de la menor Sandra, en la mañana del día 9 de marzo de 2000 se recibió una llamada anónima en los Servicios de la Consejería de Asuntos Sociales del Excmo. Ayuntamiento de Motril en la que se decía que Sandra se encontraba llorando en el interior de su domicilio, domicilio sito en Motril, C/ Fray Luis de León, pues sus padres acababan de salir de la casa, al parecer para comprar sustancias estupefacientes a las que eran adictos en aquella época. Presentada denuncia por dos representantes de la citada Consejería, el Juzgado de Instrucción número dos de los de Motril dicta, ese mismo día, auto autorizando la entrada en la vivienda al objeto de que se proceda a verificar en el mismo la existencia y estado de la menor Sandra. Cuando los agentes de la autoridad entran en ella encuentran a Sandra acompañada de sus padres. La vivienda presenta aspecto sucio y descuidado, con escaso mobiliario. Sandra es reconocida por la Sra. médico-forense quien detecta en ella un hematoma en resolución de unos tres centímetros de diámetro en zona de nalga derecha; un he-

matoma en resolución en zona maleolar externa de tobillo derecho, y hematomas pequeños e irregulares no significativos en ambas piernas, así como dermatitis cronificada y descamativa. En expediente 15/2000, por resolución de fecha 20 de enero, se declaró la situación de desamparo de la menor Sandra.

Formulada acusación por el delito de abandono de un menor de edad por parte de la persona encargada de su guarda previsto en los números 1 y 2 del artículo 229 del CP, examinaremos esta figura delictiva toda vez que la sentencia apelada parece confundirlo con el delito de abandono de familia previsto y penado en el artículo 226 del CP, cuando, en realidad, se trata de dos tipos distintos —tampoco podía ser de otra forma— que sancionan conductas bien diferenciadas. La conducta del delito de abandono de un menor de edad o incapaz consiste, precisamente, en el abandono del menor o incapaz que realiza la persona que tiene atribuida su guarda en razón de una obligación de carácter jurídico. Por abandono habrá de entenderse toda dejación, exposición o renuncia del menor o incapaz, que se manifiesta en el rechazo o exclusión del sujeto pasivo de la esfera de cuidado personal que corresponde legalmente al sujeto activo, sea padre, tutor o guardador de hecho. Ahora bien el abandono típico en que incurre el obligado que incumple el deber de cuidado, y en esto se diferencia del delito de abandono de familia, no es un abandono asistencial, abandono que está tipificado en el artículo 226, sino un abandono personal, de manera que el menor o incapaz sometido a la guarda de una persona es privado de ella y liberado a su propia suerte. Cuestión distinta, como ya se anticipaba, es el llamado abandono asistencial, que, en el caso de los padres, consiste en incumplir los deberes inherentes a la patria potestad, y que consisten en el deber de alimentos que comprende, a su vez, el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción, el deber de educar y procurar al menor una formación inte-

gral, y el deber de administración de bienes y representación del menor. No se olvide (artículo 172.1 del CC), que es el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes asistenciales inherentes a la patria potestad el presupuesto que da lugar a la situación de desamparo del menor, como aquí ocurrió. Por último hay que añadir que, puesto que se acusa por el tipo descrito en el artículo 229, es preciso que el sujeto activo del delito tenga la intención de abandonar para siempre a la persona sometida a su vigilancia y custodia.

Tanto los hechos que a los hoy apelantes les imputa el Ministerio Fiscal en su calificación, como los que la Juzgadora de Primera Instancia les reprocha a lo largo de la exposición que realiza en la fundamentación jurídica de su sentencia, no constituyen, de ser considerados ciertos, sino un incumplimiento de los deberes que lleva aparejada la patria potestad. No hay en las actuaciones dato alguno que revele que los padres hayan tenido el propósito de abandonar, entendiendo el abandono en el sentido indicado, a su hija Sandra. Por ello no pueden ser condenados por tal delito, pues no han realizado la conducta típica.

Es muy discutible, desde luego, si los indicios tomados en consideración por la Juzgadora de Primera Instancia para el dictado de una sentencia condenatoria estaban acreditados por pruebas de carácter directo, exigencia que nuestros Tribunales, Supremo y Constitucional, consideran requisito imprescindible para considerar la prueba de indicios una prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia. Mas el examen de tal cuestión sería inútil, pues el principio acusatorio impide a un Tribunal condenar por un delito heterogéneo al que fue objeto de acusación (cfr. STS de 5 de julio de 2001 y todas las en ella mencionadas) y lo cierto es que los hechos constitutivos del delito de abandono de un menor de edad o incapaz son dispares de los que constituyen el delito de abandono de familia.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

- 1.1. *Si la madre biológica está determinada por el parto, no puede figurar como madre la mujer unida como pareja estable con la madre biológica, lo cual sólo es posible por medio de una adopción reservada en el Código Civil y en Cataluña a las parejas heterosexuales.*

RESOLUCIÓN de 9 de enero de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de B. el 10 de septiembre de 2001, doña M.-S.G.P. y doña M.V.T., mayores de edad, solteras, vecinas de dicho municipio, solicitaban la anotación de la filiación materna no matrimonial de la primera y la anotación como comadre de la segunda en la inscripción de nacimiento del hijo de la primera nacido el 13 de agosto de 2001 en B. Adjuntaban los siguientes documentos: cuestionario para la declaración del nacimiento y parte del facultativo que asistió al nacimiento.
- Ratificadas las promotoras, el Juez encargado dictó providencia con fecha 12 de septiembre de 2001 denegando el reconocimiento de filiación paterna por parte de doña M.V.T. por no ser biológicamente posible la paternidad que se pretendía determinar y ordenó la inscripción del nacimiento del menor con la filiación materna que se desprendía del certificado médico requiriéndose a la madre para que designara nombre de padre a efectos

identificadores previniéndole de que, en caso de no verificarlo, se le impondría uno de oficio. Comparecida la madre solicitó se hiciera constar como nombre del padre “M.”.

- Notificada la resolución a las promotoras, éstas presentaron recurso ante la DGRN alegando que mantenían una relación de pareja de hecho desde 1983, teniendo una verdadera relación familiar con bienes comunes, suponiendo el nacimiento del niño, de cuyo cuidado se responsabilizarían ambas, una ampliación del núcleo familiar e invocando la igualdad de trato independientemente de la orientación sexual reconocido en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, las disposiciones constitucionales sobre protección al menor, igualdad de trato y no discriminación y diversas sentencias sobre uniones de hecho y sobre parejas homosexuales.
- De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó la confirmación de la resolución recurrida por considerar su contenido ajustado a Derecho. El Juez encargado del Registro Civil confirmó la resolución apelada por ser totalmente contraria al ordenamiento jurídico español la pretensión de las recurrentes.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Por mucho que las parejas de homosexuales no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al objetivo descabellado de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas, la maternidad tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como a la compañera estable de ésta. La maternidad es única en nuestro derecho y queda determinada por naturaleza (cfr. art. 87 del Código catalán de familia). El principio de veracidad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

No hay que esforzarse en encontrar argumentos jurídicos que fundamenten esta solu-

ción. De los principios constitucionales no puede deducirse ninguna norma que apoye la solución contraria y la postura mantenida en cuanto a la unidad de la maternidad es la que resulta del Código de familia catalán, del Código Civil y de la legislación del Registro Civil. Recuérdese que no es eficaz la determinación de una filiación cuando hay otra contradictoria acreditada (cfr. arts. 113, II, CC y 50 LRC).

En definitiva el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través de todo el mecanismo de la adopción. Ahora bien, ésta está limitada a las parejas heterosexuales en el Derecho positivo vigente en el Código Civil y en Cataluña.

- 1.2. *Aun cuando las hermanas de un solo vínculo de la solicitante diesen su conformidad a la inscripción de la filiación paterna, esta no puede acordarse por vía del expediente del art. 49 de la LRC al constar la oposición del Ministerio Fiscal.*

RESOLUCIÓN de 15 de enero de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de V. el 19 de octubre de 2000 doña M., vecina de dicho municipio, nacida el 22 de julio de 1938 en A.N. solicitaba la inscripción de la filiación paterna en su inscripción de nacimiento como hija de A.B.S.
- Ratificada la promotora, se comunicó la incoación del expediente a su hermana que manifestó no oponerse a la solicitud de la misma y reconoció ser hermanas de doble vínculo pese a no constar la promotora como tal en el Registro por haber nacido antes del matrimonio de sus padres.
- El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado ya que, de conformidad con el artículo 119 CC, la filiación adquiriría la condición de matrimonial tras el matrimonio de los padres siempre que quedara determinada por alguno de los medios establecidos en Derecho pero dicha prueba de filiación paterna faltaba en el expediente sin perjuicio de que pudiera aportarse en un juicio declarativo. Seguidamente, compareció otra hermana de la promotora que manifestó su conformidad con el expediente y que su padre reconoció a la promotora tras su matrimonio ante la Iglesia y si no lo hizo en el Registro Civil fue por ignorancia y que llevaron una vida familiar normal tratando su padre a todas las hijas por igual. Se practicó prueba testifical en que una testigo declaró que, si bien ya no recordaba al padre de la promotora porque había fallecido, sabía que todas sus hijas se referían a él como su padre. Por último, la promotora aportó copia de la adjudicación de un cupo de bienes a beneficio suyo por herencia de los bienes dejados a su fallecimiento por su padre y anticipo de su madre. El Ministerio Fiscal se ratificó en su informe anterior al no existir documento indubitado que acreditara la filiación solicitada ni actos inequívocos por parte del fallecido que acreditaran la posesión de estado, no obstante, como los apellidos B.R. eran los utilizados por la promotora desde su nacimiento, no existía inconveniente en que utilizase el apellido B., de uso común, ni que constase A. como nombre del padre a

efectos identificativos. La Juez encargada dictó auto con fecha 18 de mayo de 2001 denegando lo solicitado a la vista del informe del Ministerio Fiscal en cumplimiento de lo establecido en el artículo 49 LRC, sin perjuicio de que por la interesada se ejercitaran las acciones que estimara oportunas en el juicio correspondiente.

- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a la promotora, ésta presentó recurso ante la DGRN alegando que sus hermanas la reconocieron como hermana de doble vínculo, que en su partida de bautismo constaba una anotación marginal de legitimación de la misma por posterior matrimonio de sus padres, que al realizar los cupos de la herencia sus hermanos la aceptaron e hicieron la adjudicación considerándola una hermana más y que con su solicitud no se producía ningún perjuicio ni a sus hermanos ni a sus padres, estos últimos ya fallecidos.
- De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó la confirmación de la resolución recurrida. La Juez encargada del Registro Civil confirmó el auto apelado.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

En ausencia de reconocimiento formal de la paternidad no matrimonial, puede inscribirse ésta en virtud del expediente al que aluden los artículos 120.2.º del Código Civil, 49 de la Ley del Registro Civil y 189 de su Reglamento, siempre que exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca la filiación o cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo no matrimonial del padre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

Ahora bien, la inscripción de la filiación por medio de dicho expediente requiere inexcusablemente que no haya oposición del Ministerio Fiscal ni de parte interesada notificada personal y obligatoriamente. Como en el caso actual ha existido esa oposición frontal del Ministerio Público, que niega la existencia del escrito indubitado del padre y

de actos de éste y de su familia constitutivos de la posesión de estado, su oposición, que cumple todas las previsiones de los artículos 49 de la Ley y 189 del Reglamento, impide la aprobación del expediente y obliga a que la inscripción de la filiación pretendida se encauce por la vía de la jurisdicción civil ordinaria.

Por lo demás, ha de quedar a salvo que la interesada obtenga el oportuno cambio de apellidos (cfr. arts. 57 LRC y 205 y 207 RRC), tras la tramitación del oportuno expediente ante el Registro Civil de su domicilio y que se eleve al Ministerio de Justicia competente para la decisión (cfr. art. 365 RRC). En cuanto a la consignación de nombre de padre a los solos efectos identificadores basta la solicitud de la interesada (cfr. art. 191 RRC y disposición transitoria 6.ª RRC).

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

RESOLUCIÓN de 18 de enero de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 22 de octubre de 1997 se reciben en el Registro Civil de V. del C. actuaciones iniciadas en el Registro Civil de C. por don R.R.S., mayor de edad, soltero, domiciliado desde el 15 de junio de 1997 en la localidad de C. y doña A.S.V., mayor de edad, de estado civil casada y con domicilio en la misma localidad que el promotor, solicitando la inscripción de nacimiento fuera de plazo de la menor nacida el 9 de junio de 1997 en el Hospital J.R.J. de H., como hija no matrimonial de ambos solicitantes. Se acompañaban los siguientes documentos: acta de reconocimiento paterno levantada por el Juez de Paz de C. el 30 de julio de 1997 con consentimiento expreso de la madre; cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil de C. y certificado de empadronamiento de don R.R.S.
- La encargada del Registro Civil de V. del C. requirió: a don R. para que aportara certificación negativa del nacimiento de la menor que se pretende inscribir en el Registro Civil de su localidad; a la madre para que manifieste si está separada legalmente, y en su caso, que aporte testimonio de la sentencia de separación o certificación literal del matrimonio donde aparezca la inscripción marginal de dicha separación.
- Con fecha 8 de julio de 1998, don R.R. notificó al Registro Civil su cambio de domicilio a la ciudad de B., donde vive con doña A.S.V., haciendo constar, al mismo tiempo, el domicilio en B. del ex-marido de la madre de la menor que pretende reconocer.
- Recibidas las certificaciones negativas en el Registro Civil, el día 15 de julio de 1998 se requirió a don A.R.P. para que manifestara si prestaba su conformidad al reconocimiento paterno que pretende hacer el promotor respecto a la citada menor.
- Después de diversas citaciones a don A.R. y ante la no comparecencia de éste, el Ministerio Fiscal, al amparo de lo dispuesto en el art. 344 del RRC y con carácter previo a la emisión de su informe, interesó de los solicitantes que aportaran certificación de nacimiento de ambos; certificación del matrimonio de doña A.S. y don A.R. y certificado de empadronamiento de los promotores, a los efectos de determinar si existe convivencia entre los mismos y la fecha en que ésta se inició.

- Recibidos los documentos solicitados, el Ministerio Fiscal, el 23 de abril de 1999, informó que procedía remitir el expediente incoado al encargado del Registro Civil de H., lugar de nacimiento, por ser el competente para la instrucción y resolución del mismo (arts. 342 y 343 del RRC). La Juez encargada del Registro Civil de V. del C., de acuerdo con lo establecido en el art. 342 RRC, informó que de lo actuado en la fase preliminar de instrucción ha quedado suficientemente acreditada la justa causa para la inscripción de nacimiento fuera de plazo legal y de destrucción de la presunción de paternidad de la menor C.R.S., sin perjuicio de lo que resulte en la ulterior fase de instrucción en el Registro Civil de H., al que se remitía el presente expediente por ser de su competencia.
- Recibidas las actuaciones en el Registro Civil de H., el encargado notificó, a través del Registro Civil de su domicilio, la incoación del expediente al esposo de la promotora, el cual deberá ser oído sobre la presunción de paternidad que rige sobre el mismo, dado que en la fecha en que se produjo el alumbramiento se encontraba casado con la promotora. Se adjuntaba parte de alumbramiento y certificación literal del matrimonio contraído con la solicitante. Citado don A.R.P., éste no compareció, pasando el expediente al Ministerio Fiscal, quien a la vista de lo actuado, interesó fuera notificado por correo certificado con acuse de recibo y se solicitara, asimismo, del Registro Civil de B. testimonio de la sentencia dictada en los actos de separación seguidos por don A.R.P. y doña A.S.V. El Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de B. remitió testimonio de la sentencia de separación dictada en B. el 27 de octubre de 1998.
- El 16 de diciembre de 1999 el encargado del Registro Civil de H. dictó auto por el que acordaba la inscripción fuera de plazo del nacimiento de C.R.S., como hija de don A.R.P. y doña A.S.V., como nacida en H., el 9 de junio de 1997, toda vez que no ha quedado destruida la presunción de paternidad, alegando que de conformidad con lo establecido en el art. 116 del CC, se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, añadiendo que cuando se presume que el hijo lo es del marido, conforme a lo dispuesto en el CC, en la inscripción de nacimiento se hará referencia a la inscripción del matrimonio de los padres (arts. 183 y 184 RRC).
- Notificado el Ministerio Fiscal y los promotores con fecha 7 de febrero de 2000, éstos comparecieron manifestando no estar de acuerdo y que presentaban recurso de apelación ante la DGRN por entender que sí quedó acreditada la destrucción de la presunción de paternidad, entendiendo que se había producido un error en la resolución del expediente al haber presentado pruebas suficientes para demostrar la destrucción de la mencionada paternidad.

- En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal estimó que procedía elevar lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado, alegando que la no comparecencia del marido de la promotora exigía una valoración de su conducta, teniendo los recurrentes motivos para la interposición del recurso. El encargado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 358 del RRC remitió las actuaciones a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución, manifestando que se admitía a trámite el recurso, ante la existencia de una serie de carencias y malentendidos procedimentales habidos en la tramitación del expediente y, ante la imposibilidad de escuchar al marido de la promotora, absolutamente remiso a comparecer a los llamamientos del Registro, ante las inexactitudes de las alegaciones de doña A.S.V. y ante la falta de aportación por parte de ésta de los datos que acreditasen la separación de hecho con su correspondiente fecha, consideraba persistente la presunción de paternidad del marido.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión básica que se discute en el presente expediente de inscripción fuera de plazo de un nacimiento es la filiación que debe figurar en el asiento. A estos efectos hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (cfr. art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código Civil y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. arts. 1250 y 1251 CC). Desde el momento en que se solicita la inscripción de una filiación, porque su determinación escapa a la autonomía de la voluntad de los particulares, está cumplido el requisito exigido para admitir como prueba la presunción de paternidad del marido (cfr. arts. 113 CC y 2 LRC).

Por otra parte, como vienen señalando las últimas Resoluciones del Centro Directivo en esta materia a partir de la Resolución de 13 de mayo de 1987, no es necesario para ins-

cribir la filiación matrimonial que se compruebe, además, la posesión de estado de tal filiación, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, que ha de estimarse superada en este punto, como se desprende de la redacción dada al artículo 314 del Reglamento del Registro Civil por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. La razón estriba en que, conforme al artículo 113 del Código Civil y en las condiciones que precisa este artículo, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida.

En el presente caso el nacimiento ha acaecido el 9 de junio de 1997 y la separación judicial de los cónyuges se ha producido por virtud de una sentencia posterior de 27 de octubre de 1998. No hay por lo demás pruebas bastantes de que la separación de hecho haya precedido en más de trescientos días al nacimiento de la hija y tampoco esta situación de separación fáctica se deduce del texto de la sentencia citada. La presunción de convivencia entre los cónyuges del artículo

69 del Código Civil refuerza la presunción de paternidad del marido de la madre.

Siendo esto así, ha de inscribirse la filiación matrimonial. El reconocimiento de la filiación no matrimonial por la madre casada

y por varón distinto del marido es ineficaz por estar acreditada la filiación matrimonial contradictoria (cfr. art. 113, II, CC) y la oposición de una y otro habrá de hacerse valer en la vía judicial ordinaria.

1.4. *Para mantener los apellidos anteriores a la inscripción de la filiación paterna hay que tramitar expediente y no basta la sola declaración del interesado.*

RESOLUCIÓN de 9 de febrero de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de P. el 11 de enero de 1995 don P.B.M., mayor de edad y vecino de esa localidad, reconocía como hijo suyo no matrimonial a don J.-M.L.O., nacido en M. el 10 de julio de 1945. Con fecha 1 de febrero de 1995 en el Registro Civil de B. se le notifica a don J.-M.L.O. el reconocimiento efectuado por don P.B.M., en el mismo acto el Sr. L.O. manifiesta su conformidad con el reconocimiento, solicitando que no se le impongan los apellidos B. y L. y expresando su deseo de conservar los apellidos L. y O., remitiéndose todo lo actuado al Registro Civil de M.
- Con fecha 7 de junio de 2001 el Juez encargado del Registro Civil de M. dictó providencia acordando practicar en la inscripción de nacimiento de don J.-M.L.O. el reconocimiento paterno efectuado por don P.B.M., con los apellidos que legalmente le corresponden, e informando al interesado que, si desea conservar los apellidos que actualmente ostenta, deberá promover ante el Registro Civil de su domicilio un expediente de conservación de apellidos.
- Notificada la resolución el interesado en comparecencia manifestó que con fecha 29 de agosto de 2001 había recibido una certificación literal de nacimiento en la que ostentaba los apellidos B.L., la cual era errónea ya que él en la comparecencia de 1 de febrero de 1995 manifestó que se le inscribiera con los apellidos que venía usando, L.O. el Juez encargado dictó providencia con fecha 25 de agosto de 2001 en la que se ponía en conocimiento del promotor que según establecen los artículos 59.3 LRC y 209.3 RRC la

conservación de apellidos exige la incoación de un expediente ante el Juez encargado del Registro Civil del domicilio, no bastando su simple declaración en tal sentido.

- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al promotor, éste presentó recurso de reposición reiterando que en la comparecencia de 1 de febrero de 1995 manifestó que quería conservar los apellidos que venía usando de L.O. y estando dentro del plazo legal no requería hacer más trámites. Con fecha 29 de octubre de 2001 el Juez encargado dictó auto denegando la conservación de apellidos solicitada porque al efectuarse el reconocimiento de filiación paterna se produce una modificación en los apellidos del promotor, y aunque éste en el reconocimiento de la filiación manifestó que deseaba conservar los apellidos que venía usando, hace una interpretación errónea del artículo 59.3 LRC y del artículo 309.3 RRC (“dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del reconocimiento”) lo que exige que se practique tal inscripción con el cambio de apellidos, y posteriormente, si se efectúa dentro del plazo de dos meses, ante el Juez encargado del Registro Civil del domicilio, incoar un expediente de conservación de apellidos.
- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al promotor, éste presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado reiterando lo expuesto en el recurso de reposición. En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la resolución apelada por sus propios fundamentos, y en el mismo sentido informó el Juez encargado elevando el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se ha inscrito el reconocimiento de la paternidad no matrimonial por comparecencia del padre ante el encargado habiendo prestado su consentimiento el reconocido mayor de edad (cfr. art. 123 CC), el cual en el mismo acto y posteriormente ha manifestado su voluntad de conservar los apellidos que le venían identificando anteriormente.

La inscripción se ha efectuado consignando como es obligado (cfr. art. 197 RRC) el cambio de apellidos operado por el reconocimiento. Es cierto que el interesado puede solicitar ante el encargado del Registro Civil

del domicilio la conservación de los apellidos anteriores pero para ello no basta su simple declaración, sino que es imprescindible la tramitación de un expediente que se instruye en el Registro Civil del domicilio (cfr. arts. 209.3.º y 365 RRC).

En todo caso por razones de economía procesal es procedente, puesto que su declaración se formuló en plazo, remitir las actuaciones al Registro Civil del domicilio para que en él se instruya debidamente el expediente de conservación de apellidos.

2. MATRIMONIO

2.1. *Inscripción del matrimonio celebrado entre español y dominicana que fue inicialmente denegada, al presentarse nuevos hechos y pruebas.*

RESOLUCIÓN de 4 de enero de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito de 1 de diciembre de 2001 remitido al Consulado General de España en Santo Domingo, don Daniel, español, nacido en 1940, solicitaba por segunda vez la inscripción de su matrimonio con doña Argentina, dominicana, nacida en 1959, celebrado el 29 de enero de 1999, denegada por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de octubre de 1999. Adjuntaba al escrito: acta del matrimonio cuya inscripción solicitaba, auto denegatorio del Cónsul General de España en Santo Domingo, Resolución desestimatoria de la DGRN y justificantes de giros bancarios y registros de llamadas telefónicas.
- Ratificados los interesados, el encargado del Registro Civil Consular dictó auto el 2 de marzo de 2001 denegando la transcripción del matrimonio local para evitar dar apariencia jurídica a un negocio jurídico simulado con objetivos económicos y migratorios irregulares y, en aplicación de la doctrina del fraude de ley, a efectos de conseguir la correspondencia entre la realidad registral y la verdad objetiva.
- Notificada la resolución a los interesados, don Daniel presentó recurso ante la DGRN alegando que la entrevista con la contrayente no la efectuó el Cónsul sino una funcionaria en cuyo criterio subjetivo basó el Cónsul su resolución denegatoria y que los contrayentes habían mantenido una relación como si de un matrimonio se tratase e incluso habían comprado una vivienda en Santo Domingo adjuntando documentos probatorios al respecto.
- De la interposición del recurso se dio traslado al Canciller del Consulado que confirmó su informe anterior. El encargado del Registro Consular se ratificó en el auto apelado y ordenó la remisión del expediente a la DGRN.
- La DGRN estimó el recurso y ordenó la inscripción del matrimonio.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

En el ámbito del Registro Civil no juega el principio de autoridad de cosa juzgada de modo que, mientras persista el interés público de lograr la concordancia entre el Registro Civil y la realidad (cfr. arts. 24 y 26 LRC), es factible reiterar un expediente o unas actuaciones ya decididas por resolución firme, siempre que la nueva petición se base en hechos o circunstancias nuevas que no pudieron ser tenidas en cuenta en la primera decisión.

En el caso actual la inscripción del matrimonio celebrado en la República Dominicana el 29 de enero de 1999 entre un español y una dominicana fue denegada por el Cónsul encargado y después en trámite de recurso por la Resolución de este Centro Directivo

de 13 de octubre de 1999, estimando que el matrimonio era nulo por falta de consentimiento matrimonial. Ahora bien, en la nueva petición de inscripción ante el mismo Consulado se ha justificado suficientemente en las actuaciones que después del matrimonio los interesados han comprado una casa en Santo Domingo; que él sostiene económicamente a ella de modo regular y que son muy frecuentes las conversaciones telefónicas entre ambos. Estos hechos posteriores al casamiento son indicios claros de que el propósito común de los interesados fue en su momento fundar una familia, cualesquiera que fueran las dudas y sospechas que surgieron en la primera decisión.

2.2. No es inscribible el matrimonio celebrado por un español en Cuba en 1995, porque estaba ligado por un matrimonio anterior y la sentencia cubana de divorcio no ha obtenido el necesario exequátur del Tribunal Supremo.

RESOLUCIÓN de 1 de febrero de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado en el Registro Civil Central el 1 de febrero de 2001 don Juan, nacido en La Habana (Cuba) el 20 de agosto de 1950, español, divorciado, solicitaba la inscripción de su matrimonio celebrado en San Antonio de los Baños La Habana el 23 de diciembre de 1995, con doña Janet, nacida en Guantánamo (Cuba) el 19 de julio de 1964, cubana, divorciada. Adjuntaba al escrito: Además de la certificación del matrimonio que se pretende inscribir, certificación literal de su nacimiento, copia del DNI, y Resolución del Ministerio del Interior por el que se concede el derecho de asilo a Juan, Janet y su hijo Joan.
- Ratificados los interesados, el Juez encargado les requirió para que manifestasen el estado civil que tenían antes de contraer el matrimonio que se

pretende inscribir de conformidad con lo establecido en el artículo 246 RRC. Por comparecencia de fecha 27 de marzo de 2001 el contrayente manifestó que es de nacionalidad española, que no existían impedimentos para la celebración del matrimonio y se casó libremente, que su estado en el momento de la celebración del mismo era el de divorciado, y que en 1992 había contraído matrimonio con Mercedes, seguidamente compareció la contrayente manifestando que es de nacionalidad cubana, que no existían impedimentos para la celebración del matrimonio y se casó libremente, que su estado en el momento de la celebración del mismo era el de divorciada, y que en 1984 había contraído matrimonio con Rodolfo del que tiene un hijo.

- Con fecha 28 de marzo de 2001 el Juez encargado dictó acuerdo denegando la inscripción de matrimonio solicitada, porque el esposo había contraído matrimonio en 1992 con ciudadana cubana, en Cuba, habiéndose divorciado y desconociéndose los datos relativos del mismo. Por lo tanto en 1995 cuando contrajo el matrimonio que se pretende inscribir se hallaba ligado por vínculo matrimonial y por lo tanto no es posible inscribir dicho matrimonio al existir el impedimento de ligamen, y en cuanto a que el interesado tenga concedido el estatuto de asilado político en los términos establecidos en el artículo 25 de la Convención de Ginebra de 1951, éste viene referido a la ayuda administrativa y no a los requisitos de fondo del derecho que aquí se ejerce.
- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al promotor, éste presentó recurso ante la DGRN alegando que la sentencia de divorcio de su primer matrimonio, la cual se adjunta, es de fecha anterior a su segundo matrimonio.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se ha intentado por estas actuaciones inscribir en el Registro Central un matrimonio celebrado en Cuba el 23 de diciembre de 1995 entre un español y una cubana. El varón español estaba ligado por un vínculo matrimonial con otra mujer. Aunque este matrimonio español fue disuelto por una sentencia cubana de divorcio de julio de 1995, lo cierto es que no se ha obtenido el necesario exequatur de esta sentencia ante el Tribunal Supremo español (cfr. arts. 107, II, CC y 955

de la LRC de 1881), imprescindible para que ese divorcio extranjero surta efectos en el ordenamiento español. La necesidad del exequatur se mantiene por el momento (cfr. disposición derogatoria única, apartado 1, excepción 3.^a, de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil) y la inscripción del nuevo matrimonio no es posible por subsistir formalmente el impedimento de ligamen (cfr. art. 46.2.^a CC).

3. ADOPCIÓN

- 3.1. *Cuando se extiende una nueva inscripción de nacimiento, conforme a la Instrucción de 15 de febrero de 1999, no es posible variar el lugar del nacimiento, aunque éste se haya hecho constar ficticiamente por ser el domicilio de los padres biológicos.*

RESOLUCIÓN de 10 de enero de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia ante el Registro Civil de H. el 27 de febrero de 2001 don J. y doña M., mayores de edad, casados y domiciliados en esa localidad, solicitaban de conformidad con la Instrucción de la DGRN la cancelación del asiento primitivo en la inscripción de nacimiento de su hija adoptiva I., nacida el 31 de mayo de 1998 en el Hospital “I.E.” de H., e inscrito en la Sección Primera del Registro Civil de B.C., inscripción que fue posteriormente trasladada al Registro Civil de H., y que se extienda una nueva inscripción de nacimiento en la forma prevista por la regla primera de la citada Instrucción, y asimismo con arreglo a la regla segunda, solicitaban que en la misma aparezcan exclusivamente los datos registrales de la inscripción anterior, anulando las anotaciones anteriores en el capítulo de observaciones, de forma que en la nueva inscripción figure como lugar de nacimiento de la menor el de H., que es donde verdaderamente nació y no en el pueblo de residencia de sus padres biológicos.
- Ratificados los interesados, el encargado del Registro Civil de H. dictó providencia por la que acuerda elevar consulta a la DGRN en el sentido de si es posible, en los casos de traslado de inscripción de nacimiento a diferente localidad cuando se trate de filiación adoptiva, y se pretenda usar de la facultad concedida por la Instrucción de 19 de febrero de 1999 a los padres adoptivos de practicar nueva inscripción, no incluyendo en ella mención alguna a la localidad real del nacimiento del adoptado, consignándose como tal la actual de residencia de los padres adoptivos; dejando mientras tanto en suspenso la práctica de la nueva inscripción de nacimiento.
- Recibida contestación de la Dirección General, en ella se manifestaba no ser posible variar el dato del lugar del nacimiento del adoptado, y acompañaba fotocopia de la Resolución de ese Centro Directivo de 17 de abril de 2000 que así lo indicaba. Notificado el Ministerio Fiscal de la incoación del expediente, éste estimó que procedía acceder a lo solicitado por los promo-

tores dentro de los límites y condiciones establecidos en la Instrucción de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción, especialmente en sus reglas primera y segunda y según el criterio interpretativo de la propia Dirección General en la consulta elevada y que ha sido evacuada en fecha 14 de mayo de 2001, aun cuando en este supuesto se trate de que prevalezca como lugar de nacimiento una ficción legal del art. 16.2 párrafo 3.º, de la Ley del Registro Civil (B.C.; lugar del domicilio de los padres) sobre la realidad (H.; lugar donde el nacimiento se produjo), y ello aunque *de lege ferenda* sería conveniente para el espíritu que impregna la institución de la adopción la posibilidad de un traslado excepcional de la inscripción de nacimiento al lugar de residencia de los padres adoptivos. El encargado del Registro Civil dictó auto con fecha 16 de octubre de 2001 por el que tomó el acuerdo de practicar en el folio que corresponda nueva inscripción de nacimiento de I. con las circunstancias a las que se refiere la Regla Primera de la Instrucción de 15 de febrero y a las que se hace referencia en el razonamiento jurídico primero, haciendo constar en la casilla destinada a observaciones que el lugar de nacimiento del inscrito debe considerarse a todos los efectos legales B.C.; cancelándose formalmente la inscripción obrante al Tomo 757, página 229 de la Sección Primera de este Registro Civil, cuya publicidad quedará limitada a los adoptantes, al adoptado mayor de edad y a los terceros que obtengan la autorización especial a que se refiere el párrafo último del artículo 21 del Reglamento del Registro Civil.

- Notificado el auto al Ministerio Fiscal y a los interesados, éstos recurrieron ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, haciendo entre otras las siguientes alegaciones: el derecho del menor a su intimidad personal y familiar consagrado, entre otras normas, por el art. 4 de la LO de protección al menor, que dispone que los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros consagrando la supremacía del interés del menor y la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; añadiendo que la intimidad personal y familiar del menor adoptado se vería gravemente conculcada de figurar en la nueva inscripción de nacimiento, extendida como consecuencia de la adopción, como lugar de nacimiento el del domicilio de los progenitores naturales, si se tiene en cuenta que dicho dato, que figuraría en el libro de familia y el DNI del menor, sería suficiente para que el menor, incluso antes de alcanzar la madurez necesaria para ello o la mayoría de edad exigida por la Ley, pudiendo acceder al contenido del asiento cancelado de la filiación por naturaleza, preguntase o inquiriese sobre circunstancias de su origen y perjudicar así su desarrollo personal psicológico, así como que sería también posible para cualquier tercero, a partir del simple dato de la adopción, y a través del lugar del nacimiento, deducir sin esfuerzo la filiación natural del menor, circunstancia ésta que la propia Ley quiere evitar.

- En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal alegó que procedía confirmar el auto apelado en sus propios fundamentos. La Juez encargada remitió lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Conforme permite la Instrucción de 15 de febrero de 1999, si el matrimonio adoptante lo solicita durante la minoría de edad del adoptado, podrá extenderse en el folio que entonces corresponda, una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos. La extensión de esta nueva inscripción lleva consigo la cancelación de la primera inscripción de nacimiento y marginal de adopción.

Si la nueva inscripción ha de reflejar los datos del nacimiento, es obvio que no puede aprovecharse el mecanismo de la Instrucción de 1999 para variar los datos fijados legalmente sobre el lugar del nacimiento. Por esto, si en la inscripción actualmente extendida se ha hecho constar que a todos los efectos legales se considera como lugar de nacimiento el lugar del domicilio de los padres biológicos (cfr. arts. 16 LRC y 68 RRC), esta misma observación debe reflejarse también en la nueva inscripción de nacimiento y no es posible cambiar el lugar legal del nacimiento por el de la población donde efectivamente haya acaecido el nacimiento.

4. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

4.1. *Denegación de la anotación preventiva de embargo de un bien que pertenece con carácter privativo al cónyuge no deudor, pues para que pueda considerarse la deuda como ganancial se hace precisa una declaración judicial al respecto en un procedimiento entablado contra ambos cónyuges.*

RESOLUCIÓN de 15 de abril de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el procedimiento de apremio seguido contra D. Rafael por deudas en concepto de cuotas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social por el período 1/96-11/97, la Unidad de Recaudación Ejecutiva 13/02, de Alcázar de San Juan, con fecha 21 de agosto de 2001, dictó

mandamiento de embargo sobre una finca urbana inscrita en el Registro de la Propiedad de Tomelloso, a favor de D.^a Inmaculada.

- Presentado el citado mandamiento en el Registro de la Propiedad de Tomelloso fue calificado con la siguiente nota: “Calificado nuevamente el documento presentado, en unión de adición de fecha 18 de octubre de 2001, se reitera la anterior nota de suspensión, toda vez que la finca embargada no consta inscrita a favor del deudor y apremiado D. Rafael”.
- El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en la representación que legalmente le corresponde de la Tesorería General de dicho Organismo, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Alegaciones del recurrente.

1. Que la deuda se generó constante la sociedad de gananciales, la cual se disolvió por escritura de separación de bienes en julio de 1998, e inscrita en el Registro en noviembre siguiente.

2. Que el embargo es una medida de aseguramiento del cobro de una deuda ganancial, esto es, contraída durante la vigencia de la sociedad de gananciales para “la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge” (art. 1362.4 del Código Civil), de la que responderán los bienes gananciales, (art. 1365-2.º del mismo Código) sin que los actos de liquidación de la sociedad puedan perjudicar los derechos adquiridos por terceros (art. 1.401 del Código Civil). Que lo que se pretende es reintegrar un patrimonio, que nunca debió desintegrarse sin previo pago de las deudas a su cargo.

3. Que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor del marido, en este caso la Tesorería General de la Seguridad Social, de las deudas por éste contraídas, incluyendo la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados

(Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1994).

Que, por último, conviene citar lo dispuesto en el art. 1.317 del Código Civil. Que el acto efectuado por la Tesorería General de la Seguridad Social es un acto eficaz y ejecutivo (arts. 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común) y que el Registrador no puede oponer más obstáculos que los que derivan del propio Registro (art. 99 del Reglamento Hipotecario), de tal forma, que si figura como titular registral la misma persona contra la que va dirigido el embargo deberá proceder a extender el correspondiente asiento, extralimitándose de sus funciones en caso contrario. Que siendo la deuda de la Tesorería generada en 1996 y 1997, constante la sociedad de gananciales y habiéndose notificado el embargo a la demandada, según nota del Registro de fecha 23 de septiembre de 1997, y habiéndose disuelto la sociedad de gananciales en julio de 1998, se entiende que existe vulneración del art. 1.317 del Código Civil en la actuación que se impugna en relación con los arts. 1.401 y 6.4 del Código Civil.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad en defensa de la nota, informó:

1. Que no es cierto que el embargo cuestionado se hubiese notificado ya al cónyuge deudor con antelación al 23 de septiembre de 1997, pues basta con considerar la fecha en que se practica dicho embargo (10 de agosto de 2001) para advertir la inexactitud de tal alegación. Lo que ocurre es que contra el mismo deudor se había trabado el 27 de agosto de 1997 un primer embargo sobre un mismo bien (que entonces era ganancial), que si fue oportunamente notificado a su cónyuge y que fue anotado bajo la letra C, estando dicha anotación vigente al haber sido prorrogada el 21 de agosto de 2001 por ello; el recurrente debe pensar que este nuevo embargo ya no tiene que ser notificado nuevamente al consorte del deudor. Mas es evidente que se trata de dos embargos diferenciados, basado cada uno en deudas y providencias de apremio diferentes y cuya eficacia jurídica dependerá de las circunstancias concurrentes en los respectivos momentos en que cobran existencia.

2. Que no se niega la exactitud de la doctrina que emana de los artículos citados, esto es la responsabilidad de los bienes gananciales después de la liquidación por las deudas contraídas por un cónyuge durante la vigencia del consorcio que sean deudas de la sociedad.

Que lo que sí se niega es que la sola afirmación por el recaudador ejecutivo de la seguridad social, de que la deuda que motiva el embargo cuestionado es deuda de la sociedad de gananciales, sea suficiente para posibilitar el embargo (y su anotación) sobre bienes que en su día fueron gananciales, pero que en la actualidad forman parte del patrimonio privativo del consorte deudor por liquidación del consorcio común. Ello por imperativo del principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (art. 24 de la Constitu-

ción Española), pues no existiendo en nuestro Código Civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas por un solo cónyuge durante la vigencia de la sociedad de gananciales (arts. 1.362 y 1.365 del Código Civil), ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal, mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a ambos corresponde conjuntamente la gestión de la sociedad ganancial (art. 1.375 del Código Civil). Que es necesario la previa declaración judicial de ganancialidad de la deuda contraída por un solo cónyuge y declarada esta ganancialidad es cuando puede hacerse efectiva la responsabilidad a que alude el art. 1.410 del Código Civil, y se asegura la prevalencia del principio de que el cambio de régimen económico matrimonial no puede perjudicar a terceros (art. 1.317 del Código Civil). Entender lo contrario supondría burlar al consorte del deudor su derecho a alegar y probar en contra de esa ganancialidad, menos cabría su derecho a la tutela judicial efectiva y todo ello más grave cuanto que nada garantiza la exactitud de aquella afirmación del órgano ejecutivo de la seguridad social.

Que se trata de un obstáculo que resulta del Registro, y no puede el Registrador anotar un embargo de un bien que ni es del deudor ni consta adecuadamente que deba responder de la deuda, pues se lo impiden los principios registrales de tracto sucesivo y salvaguarda judicial de los asientos, que tratan de evitar que afecten al titular registral los actos emanados de procedimientos judiciales o administrativos que le son ajenos, o que dicho titular sufra en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal.

Que, por último, cabe destacar que aunque hubiese precedido la declaración judicial de ganancialidad de la deuda perseguida, no bastaría la mera notificación del embargo al cónyuge deudor y titular del bien trabado. Como resulta de los arts. 538.1.3.^º y 581 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en tal

caso debería mediar la pertinente providencia de apremio contra el cónyuge titular del bien afecto y previo requerimiento de pago al mismo, antes de proceder a la traba del bien. Sólo así se garantizarían adecuadamente sus derechos.

3. Resolución de la DGRN

Como afirma el Registrador, no es cierto que el embargo se hubiera notificado al cónyuge del deudor durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Lo que ocurre es que se le notificó otro embargo anterior realizado por el mismo embargante y que fue anotado. Pero en ningún caso puede pensarse que tal notificación puede servir para la tramitación de embargos ulteriores.

Se alega por el recurrente que, puesto que las deudas que motivan el embargo que se pretende anotar se devengaron durante la vigencia de la sociedad conyugal, y como consecuencia de la explotación de los negocios del marido, responden de ellas los bienes gananciales, incluso después de la liquidación del consorcio, de conformidad con lo establecido en los arts. 1.362, 1.365, 1.401 y 1.417 del Código Civil, y tal alegación es exacta. Pero lo que ocurre, como afirma el Registrador en su informe, es que la sola afirmación por el Recaudador de que la deuda que motiva el embargo cuestionado es deuda de la sociedad de gananciales no es suficiente para hacer posible la anotación. Es necesario para ello que exista una previa declaración judicial de ganancialidad de la deuda, pues, no existiendo en nuestro Código Civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (cfr., arts. 1.362 y 1.365 del Código Civil), ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal mientras no recaiga la pertinente declara-

ción judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a ambos corresponde, conjuntamente, la gestión de la sociedad de gananciales (cfr., art. 1.375 del Código Civil). Entender lo contrario supondría la indefensión del titular registral, al no poder alegar ni probar nada en contra de dicha ganancialidad, con menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el art. 24 de la Constitución Española.

Alega también la entidad recurrente que el Registrador se excede en su cometido calificador, pues no debiera poner más obstáculos que los que resulten del Registro, y, aunque esto último fuera así, es obstáculo que resulta de dicho Registro el que los bienes aparezcan inscritos a favor de la esposa de la persona contra la que se sigue el procedimiento sin que conste la declaración judicial de que la deuda es ganancial. El Registrador no puede practicar la anotación pues se lo impiden los principios registrales de tracto sucesivo y salvaguarda judicial de los asientos (cfr. arts. 1.3 y 20 de la Ley Hipotecaria), que tratan de evitar que afecten al titular registral los actos emanados de procedimientos judiciales o administrativos que le son ajenos, o que dicho titular sufra en el mismo Registro las consecuencias de una indefensión procesal.

Además de todo ello, aún en el caso de que existiera una declaración judicial de ganancialidad de la deuda perseguida, no bastaría la mera notificación del embargo al cónyuge del deudor y titular registral del bien trabado. Como resulta meridianamente claro de los arts. 538.1.3.º y 581 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en tal caso, debería mediar la pertinente providencia de apremio contra el titular registral y el previo requerimiento de pago al mismo para garantizar su derecho a que, mediante el oportuno pago de la deuda, pueda evitar el embargo y el inicio del apremio.

DERECHO COMPARADO

XII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA

El Derecho de Familia ante los retos del nuevo milenio

LA HABANA, CUBA, 22 a 27 de septiembre de 2002

INFORME DE RELATORÍA

COMISIÓN N.º 1

Derecho de Familia y Derechos fundamentales. Instituciones y vías de protección.

Subcomisión 1 - A

La Comisión núm. 1 del XII Congreso Internacional de Derecho de Familia sesionó en dos subcomisiones, teniendo en cuenta el elevado número de ponencias presentadas bajo el tema general “Derecho de Familia y Derechos fundamentales. Instituciones y vías de protección”.

La Subcomisión 1 - A celebró sus sesiones de trabajo en horas de la tarde del lunes 23 y jueves 26 de septiembre del año 2002 estando presidida por la Dra. Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI (Argentina), siendo integrantes de la Mesa: la Dra. María BERENICE DÍAZ (Brasil), el Dr. Miguel Ángel SOTO LAMADRID (México) y el Dr. Carlos LAZARTE ÁLVAREZ (España), como Relatora: Msc. Miriam VELAZCO MUGARRA (Cuba) y Secretaria: Msc. Yanet SOUTO FERNÁNDEZ (Cuba).

Los temas específicos abordados y el nombre de sus autores fueron debidamente publicados en el Programa del evento, resultando expuestos, mediante la modalidad de mesa redonda internacional, ponencias, comunicaciones e intervenciones especiales de delegados de Cuba, México, Brasil, España, Estados Unidos y Argentina por su orden.

Durante la exposición y los debates que se suscitaron, se apreció alto rigor científico de los participantes siendo acotados los contenidos con enfoque multidisciplinario, lo que permitió alcanzar el análisis integral que requiere el Derecho de Familia en nuestros días.

Reconocidos Profesores, investigadores, juristas y profesionales de diversas disciplinas aportaron sus experiencias al estudio teórico práctico de la protección de los derechos fundamentales de cada uno de los miembros de la familia ratificándose en todos los temas la responsabilidad de la Sociedad y de los Estados en el logro de este empeño.

Del conjunto de exposiciones realizadas en esta Subcomisión consignamos a modo de resumen aquellas consideraciones más significativas en torno a las instituciones debatidas.

- I. La mesa redonda internacional sobre la protección jurídica del envejecimiento de la población permitió apreciar su orientación hacia una nueva visión de esta problemática mundial encaminada a lograr la integración del adulto mayor a la vida social, cultural y económica de la Sociedad con lo cual se requiere buscar correspondencia entre las instituciones y la voluntad política de los Estados. Existió consenso en la necesidad de adoptar normas específicas para la protección de los derechos del adulto mayor a los fines de ordenar la responsabilidad intergeneracional. Se planteó la valoración de extender la edad de jubilación teniendo en cuenta los logros alcanzados al aumentarse la expectativa de vida.
- II. Los actuales cambios sociales han propiciado nuevas dimensiones de la familia en la sociedad civil actual, así proliferan familias marginales, aparecen nuevos tipos delictivos, la pornografía, los secuestros de niños, la violencia, las formas de globalización entre otros fenómenos sociales, mientras el Derecho no sigue estos hechos con la velocidad que ocurren, por lo que se estima que la familia está en una situación transicional y consecuentemente el Derecho.
- III. Como situación local, *sui generis*, vista en el contexto de Brasil se expone la violación del principio de igualdad al establecer sus normas fiscales diferencias en las cargas tributarias referidas a la obligación alimentaria.
- IV. Sobre la educación de la voluntad en el joven universitario se puso de manifiesto un singular método de enseñanza para formar valores

éticos y humanos en las nuevas generaciones basado en el amor a los fines de armonizar la familia y la sociedad.

- V. De opinión generalizada resulta la necesidad de contar con una regulación específica sobre las personas con capacidades diferentes; se concretaron experiencias de Cuba y México sobre programas de protección social a estas personas y especialmente se abordó la práctica en la aplicación de la Ley de integración educativa de niños con discapacidad en un Estado mexicano.
- VI. Destacadas intervenciones sobre la obligación y extinción de los alimentos del hijo mayor de edad que continúa sus estudios pusieron de manifiesto distintas consideraciones propias de cada contexto social coincidiendo todos en la razonabilidad necesaria para la fijación de los alimentos en correspondencia con la necesidad del acreedor. Análogos consideraciones mereció la prestación de alimentos al cónyuge divorciado.
- VII. La comunicación referida a la divulgación del proyecto de los derechos del niño en Cuba resultó una útil información sobre la labor que al respecto se realiza con la colaboración del Gobierno de Finlandia y la UNICEF.
- VIII. La adopción internacional ocupó a todos en un intenso debate entre defensores y opositores de esta solución subsidiaria a favor de la protección de los niños haciendo especial referencia a los compromisos contraídos por los Estados suscribientes de las Convenciones de La Haya, de Bolivia y de los Derechos del niño de Naciones Unidas.

También se abordó la adopción tradicional solicitada por un matrimonio, la adopción por homosexuales, la adopción por los pobres, la adopción de un menor por parejas de hecho o por una sola persona de acuerdo con las legislaciones nacionales tratadas.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, la Subcomisión 1 - A de este XII Congreso Internacional convocado bajo el lema “El Derecho de Familia ante los retos del nuevo milenio” tiene a bien recomendar a los Estados y a sus miembros lo siguiente:

- 1. Reafirmar la responsabilidad intergeneracional de los miembros de la familia y de la Sociedad respecto al adulto mayor en todas las esferas de la vida social.
- 2. Propiciar tutela jurídica a cada miembro de la familia acorde con las nuevas transformaciones sociales a los fines de procurarles el disfrute de los derechos fundamentales.

3. Promover el principio de igualdad sustancial vinculada a la dignidad humana y a la justicia social.
4. Tomar medidas efectivas y ordenar la protección de los derechos fundamentales de las personas con capacidades diferentes procurando garantizar el principio de igualdad de oportunidades.
5. Propiciar la observancia de razonabilidad en la determinación de los alimentos entre parientes atendiendo a la necesidad del acreedor.
6. Fomentar soporte a los niños a los fines de integrarlos a su familia de origen cumpliendo con los compromisos contraídos en las Convenciones internacionales garantizando los derechos a los niños abandonados; en su defecto propiciar la adopción nacional y como *ultima ratio* la adopción internacional.
7. Acentuar el seguimiento en la adopción internacional teniendo en sí misma la obligación de los adoptantes de respetar las raíces y orígenes de los adoptados.
8. Promover programas sociales de prevención y atención social a favor de las familias necesitadas.

Subcomisión 1 - B

En el XII Congreso Internacional de Derecho de Familia de La Habana, la Comisión 1 - B fue presidida por el Sr. Dr. Julián GÜITRÓN FUENTEVILLA (México), e integrada por los Sres. Dra. Ivette COLL DE PESTAÑA (Puerto Rico), Dr. Jairo RIVERA SIERRA (Colombia), Dra. Ofelia RUSSIAN CUIEL (Venezuela), actuando como relator el Dr. Orlando RIVERO VALDÉS (Cuba) y como secretario el Lic. José Félix LEÓN RIVAS (Cuba).

Los temas por los que esta Comisión fue convocada, de la que esta subcomisión forma parte, han sido: *Visión constitucional del Derecho de Familia; Nuevas tendencias del Derecho Internacional de Familia; Derecho de familia, políticas sociales, población y desarrollo sostenible; Enfoque de género en el Derecho de Familia; Derechos de las personas discapacitadas y adultos mayores; Protección integral a la vivienda familiar; Garantías al ejercicio y al cumplimiento de los derechos y deberes filiatorios; La adopción, tendencias y características: la adopción internacional; Tratamiento jurídico actual a las instituciones de guarda y alimentos; Protección a la familia en climas de violencia; y Derechos de la niñez y la adolescencia, un derecho prevalente.*

Del conjunto de las ponencias, comunicaciones y paneles realizados se debe reseñar que:

- I. En Cuba, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General de la República y la Federación de Mujeres Cubanas entre otras instituciones, han emprendido desde finales de los años ochenta estudios multidisciplinarios profundos acerca del problema de la violencia doméstica, básicamente desde el punto de vista criminológico. En Cuba, la violencia doméstica constituye un problema de investigación y sus resultados cuantitativos indican que la frecuencia de casos reportados es baja. Entre las causas de la violencia doméstica en Cuba se indica como factor principal la supervivencia de modelos patriarcales de familia.
- II. Desde la perspectiva de los Estados Unidos de América, la situación de la violencia doméstica, entendida como agresión de los hombres a las mujeres en las relaciones íntimas, está en la arena pública más que en el ámbito privado. En varios Estados de la Unión se ha criminalizado la violencia doméstica y se han dictado normas acerca del papel de la policía en la búsqueda de pruebas del acto violento más allá de las declaraciones de la víctima misma. Las decisiones judiciales sobre violencia doméstica están determinando que el agresor sea excluido de la custodia de los hijos. Se han introducido reformas dentro de las Cortes Criminales y de Familia introduciendo Cortes especializadas en Violencia Doméstica (*Specialized Domestic Violence Courts*). Sin embargo, el tratamiento legislativo de la violencia doméstica continúa siendo fragmentario.
- III. No existe un instrumento adecuado diferente de la familia donde puede llevarse a cabo la función de reproducción, económica, de transmisión de conocimientos y de técnicas y de conformación de valores axiológicos y sociales; sin la primera función la vida no podría existir, sin la segunda, la vida existencial perecería, sin la tercera perecería la cultura, sin la cuarta, la sociedad se desintegraría. En Angola, al igual que en muchas regiones, el Derecho de Familia es fundamentalmente civil pero existe otro Derecho no civil de Familia cuyas reglas se encuentran en el Código familiar angolano de 1988, el sistema de protección a la familia, de asistencia y reinserción social y de apoyo a los niños llevado adelante por el Estado. Los principales problemas de la familia en Angola obedecen a la guerra recién terminada, las ideas tradicionales sobre el orden familiar discriminatorio de la mujer, y la violencia familiar.
- IV. En los Estados Unidos de América, las estadísticas demuestran el incremento reciente y progresivo de los cambios en la división del

trabajo dentro de la familia según géneros. En muchas familias es el hombre quien cuida de los niños todo el tiempo mientras la mujer trabaja fuera de la casa. Se ha incrementado la participación de las mujeres, casadas o no, de todos los sectores sociales en el trabajo pagado, ejerciendo sus derechos de no ser discriminada con respecto a los hombres. El incremento de la participación de las mujeres en el trabajo pagado ha alterado las estructuras familiares determinando un incremento de familias monoparentales (*single parent families*) y de la necesidad de normas que resuelvan el conflicto agudo entre familia y trabajo.

- V. El Estado debe responsabilizarse con la prevención de la violencia familiar creando programas de asistencia y tratamiento a las víctimas con apoyo de organizaciones no gubernamentales, tipificando penalmente los actos de violencia familiar, promoviendo la participación social de todos los miembros de la familia y el respeto de sus derechos y libertades, sustituyendo los programas que promueven la violencia en los medios de comunicación por otros educativos y formadores de valores, entre otros. Nada de ello sería suficiente por sí, mientras los problemas sociales sigan siendo desatendidos por los grupos de poder.
- VI. La estructura de distribución del trabajo doméstico determina que las mujeres sean quienes lo asumen en casi todo el mundo y que ese trabajo, con sus múltiples y simultáneas tareas, no sea tenido en cuenta por muchos como trabajo de valor equivalente al trabajo pagado a los fines de la ordenación y progreso económico de la familia y la sociedad. El trabajo no pagado no se contabiliza en el producto interno bruto de las naciones. Algunas naciones occidentales hacen esfuerzos por valorar económicamente el trabajo doméstico no remunerado dentro de sus cuentas nacionales. El trabajo doméstico no remunerado llevado adelante fundamentalmente por las mujeres demuestra el papel de la mujer en promover la adaptación y conformación de la economía familiar.
- VII. Se argumentó y demostró la importancia de una política pública educacional que proteja los niños socialmente desventajados por causas de salud, facilitando su aprendizaje e integración en la sociedad. Los niños y niñas abandonados por sus padres o huérfanos son acogidos en instituciones públicas donde se les provee de educación y formación personal, de asistencia y de cuidados especiales a fin de que integren sin excesivos contratiempos los ambientes sociales y comunitarios al igual que los demás niños y jóvenes. Los niños y niñas cuyas condiciones familiares y de contexto económico y microsocial han conducido a conductas socialmente reprobables, no

son excluidos de sus derechos ni procesados como sujetos de Derecho Penal, sino que reciben un tratamiento especial en centros de reeducación.

- VIII. Es necesario reconceptualizar la patria potestad destacando su contenido de obligaciones y deberes de los padres ante los hijos. La patria potestad no constituye materia disponible y, por ello, la ley de divorcio notarial de Cuba debería ser modificada porque permite que, al divorciarse, alguno de los padres renuncie a la patria potestad a favor del otro. Al igual que en el Derecho de Familia de Perú, Panamá, El Salvador y Bolivia, deberán incluirse las figuras de patria potestad prorrogada, excluida y restablecida.
- IX. Tomando como base aproximadamente 30 casos de privaciones de patria potestad reportados en 2001, las tendencias jurisprudenciales españolas indican como causas más frecuentes de privación de patria potestad la falta de contacto prolongado con los hijos, la falta de protección y auxilio económico cuando se poseen recursos suficientes, y en menor medida los casos de drogadicción bajo presupuestos variables según los tribunales de las comunidades autónomas. En ellos puede trazarse como denominador común el empleo de los procesos de privación de patria potestad para atacar al excónyuge —tanto de matrimonios como de uniones de hecho— por motivos ajenos al niño; lo que ha sido rechazado por los tribunales, también como reflejos de conflictos entre los padres y los familiares del menor, y en los casos de nulidad de adopciones por haber faltado el consentimiento de los padres del adoptado. En los casos de drogadicción, un sector de la jurisprudencia indica que por sí sola no es causa para privar de la patria potestad siempre que el padre o madre cumpla con sus deberes; y el otro sector da por suficiente la prueba de la drogadicción por entender que se incumplen los deberes inherentes a la patria potestad y que el menor se encuentra ante eventuales situaciones de peligro.
- X. Es necesario repensar las reglas acerca de la capacidad restringida de los menores para realizar determinados actos con trascendencia patrimonial para sí mismos, tomando como base que los criterios sobre capacidad han sido tradicionalmente fijados partiendo de la relación entre edad y presunta madurez de juicio y discernimiento. Estos criterios son variables según las culturas de cada país y región. La tendencia actual considera al menor como una persona y no como un objeto, y por ello sus opiniones deben ser tenidas en cuenta; sin que ello lleve a que la voluntad y decisiones de un menor puedan superar las de sus padres o guardadores, que deben velar por que los intereses del niño no se vean atacados por otros y por el niño mismo.

- XI. La paternidad tiene un componente legal, uno biológico, y uno sociofuncional. Del primero son típicas las presunciones de paternidad en los matrimonios, sin embargo el crecimiento de las uniones no matrimoniales y de los nacimientos extramatrimoniales pone en crisis este criterio. En el aspecto biológico, la existencia de familias monoparentales y homosexuales, y los procesos médicos de manipulación de ADN y de reproducción asistida, no sería suficiente para determinar la paternidad. Desde el punto de vista sociofuncional, la existencia de familias reconstituidas y de personas que, sin ser los padres biológicos, se encargan de cuidar y educar a los niños tampoco sería suficiente criterio de determinación. Las nuevas reglas sobre determinación de la paternidad deben ser resultado de integrar estos tres criterios. Debe existir un plazo de dos años de prescripción para impugnar la paternidad reconocida.
- XII. Los casos más frecuentes de sustracción de menores obedecen a las facilidades de la comunicación y transporte internacionales, la circulación de personas, y el turismo. Uno de los padres aprovecha las circunstancias para quebrantar el régimen de guarda y custodia, visitas y patria potestad sobre el menor trasladándolo hacia otro país y negándose a restituirlo. Al respecto, la Convención de los Derechos del Niño y el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores constituyen instrumentos jurídicos para resolver estos casos, a pesar de que este último adolece de deficiencias que facilitan la falta de determinación de la autoridad competente para resolver sobre la petición restitutoria, la morosidad en la tramitación, y las interpretaciones torcidas y libres de cada jurisdicción estatal respecto al Convenio.
- XIII. La sociedad europea atraviesa por procesos progresivos de desintegración de la familia, reducción de los núcleos familiares, disminución de la natalidad, fragilización de la familia (*familia monoparental, uniones de hecho*), entre otras características. España ha experimentado cambios significativos en los ámbitos de las libertades y los derechos de las personas a partir de 1975 cuyas incidencias familiares han cambiado el panorama nacional pero es preciso que los conceptos de cultura y orden público, en el campo del Derecho Internacional Privado, pasen de ser instrumento de exclusión a medio de facilitar la acogida del otro. El Derecho no ha de servir para atacar la familia del emigrante, ni para dividirla, sino para acogerla y protegerla. Para ello, las reglas sobre el orden público y la validez de las instituciones familiares del extranjero deben ser progresivamente analizadas desde la óptica del país de origen y no desde la del

país de recepción, lo que implica respeto a las legítimas diferencias culturales y a los derechos de las demás personas según su cultura.

- XIV. La lógica de que los padres actúan siempre en interés de sus hijos no es exacta en todos los casos. Muchas Cortes en los Estados Unidos han concedido a los abuelos y otros parientes del niño derecho a visitas que le han sido negadas por sus padres, entendiendo que las relaciones de afecto que se establecieron entre el menor y estos parientes han llegado a ser de tanta importancia como las que existen entre él y los padres. Sin embargo, los padres suelen impedir el acceso de los niños a ciertos parientes más por intereses personales que por los intereses superiores del niño. Muchos padres y tutores entienden que las decisiones de las Cortes autorizando visitas y comunicación de determinados parientes con un niño al cual sus padres se lo han negado constituye una violación a los derechos de patria potestad. La justificación del actuar de las Cortes descansa en los modelos de familia existentes en los Estados Unidos: es más frecuente que los abuelos y otros parientes de familias latinas y afro-americanas, por ejemplo, mantengan un contacto muy grande con los niños, que los cuiden y eduquen directamente; mientras en otras familias se trata de personas distantes. Muchas veces los abuelos desempeñan un papel formativo mayor que los padres, dadas las circunstancias del trabajo y la necesidad de ausentarse de casa.
- XV. Los derechos del niño han sido consagrados en las convenciones internacionales y en la legislación y las decisiones judiciales, pero son los adultos quienes interpretan, aplican y deben pedir el respeto a esos derechos cuando son ellos mismos quienes los incumplen y violan. La autonomía de los derechos de los adultos para determinarse viene marcada por el conocimiento y valoración de sus necesidades, pero en el niño es el adulto quien determina la necesidad y quien determina si corresponde o no el ejercicio del derecho que se le ha reconocido. Los derechos de los niños no están acompañados de la autonomía para su ejercicio. Deben establecerse reglas objetivas que garanticen al niño el ejercicio de sus derechos de manera incontrovertible como puede ser el caso del derecho a relacionarse con los abuelos o determinados parientes.
- XVI. Según investigaciones de la última década en Cuba, la familia cubana separada por causa de la migración atribuyó a los miembros emigrados determinados deberes de auxilio económico y de gestión de la reunificación familiar en el extranjero que, por otra parte, se autoasignó como derechos sin dejar de señalar el papel del plano efectivo y de la comunicación constante. Las tendencias más inmediatas

indican que el papel del apoyo económico no ha decaído pero ha aumentado la idea de que las relaciones afectivas, el restablecimiento de los lazos de familia y de historia familiar cortados en algún momento, las posibilidades de visitas para ambas partes de la familia, y la reunificación y unidad material de la familia son deberes y derechos superiores. Ha aparecido la consideración de que los criterios políticos de los familiares, y las circunstancias políticas de los países donde se vive, no deben ser motivo de división dentro de la familia.

COMISIÓN N.º 2

Principales tendencias en las instituciones del Derecho de Familia. Diagnóstico y perspectivas.

La Comisión núm. 2 estuvo integrada de la siguiente forma: Presidente, Dr. Héctor Roberto GOYENA COPELLO (Argentina), Relator: Dr. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (Cuba) y Secretaria: Lic. Elizabeth SABORIT QUEVEDO (Cuba).

Fueron temas de convocatoria de esta Comisión: *Cambio social, transformaciones de la familia y divergencias del modelo tradicional; Relaciones familiares y vida cotidiana; El divorcio. Características y tendencias actuales; Régimen jurídico del matrimonio y de las uniones de hecho; El matrimonio religioso; Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho. Deudas y cargas del matrimonio; Los contratos entre cónyuges; Sucesiones y patrimonio familiar; Sociedades de familia y Nuevas tendencias del Derecho Comparado de Familia.*

Esta Comisión inició sus sesiones el día 23 de septiembre y las concluyó el día 26 de septiembre. Los ponentes representaron 12 naciones, a saber: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, España, Italia, México, Panamá, Puerto Rico y Perú.

Del conjunto de 18 ponencias, un panel internacional, una comunicación y dos intervenciones especiales, presentadas por académicos y operadores del Derecho, así como de las opiniones expresadas por los participantes en las distintas sesiones de trabajo, se tiene que:

- I. El proceso de codificación en materia familiar continúa su movimiento ascendente, nuevas naciones latinoamericanas elaboran Proyectos de Código de Familia que pretende regular, en esencia, una visión diferente de la familia, su función social, sus relaciones internas, y a su vez, recogiendo la experiencia de la codificación en sede

familiar en otras naciones del continente, en un preciso ejercicio de Derecho Comparado, pretender incorporar las nuevas instituciones jurídico-familiares que aparecen en el contexto social actual como reto del nuevo milenio que recién iniciamos.

- II. En la nueva codificación familiar y en las modificaciones operadas por los Códigos Civiles hispanoamericanos en los que aún todavía están insertas las normas reguladoras del Derecho Familiar, se aprecia una tendencia generalizada a dar cabida, en aquellos ordenamientos que no le reconocen, a las capitulaciones matrimoniales como vía idónea para encauzar la regulación del régimen patrimonial del matrimonio. Inspirados en las más avanzadas normas jurídicas europeas, los nuevos textos legales han incorporado regímenes económicos como el de participación en las ganancias que permite combinar las ventajas que han ofrecido tanto el régimen de separación de bienes como el de sociedad de gananciales, de manera que sin lacerar el principio de solidaridad familiar que debe inspirar el régimen patrimonial del matrimonio, se dé cabida a la autonomía y libertad de actuación de cada cónyuge en la gestión económica de los bienes propios, como expresión del ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta rama del Derecho.
- III. Existe una tendencia, cada vez más creciente, a la tutela de los derechos en la herencia del cónyuge supérstite, quien en algunos ordenamientos como el español ha llegado a relegar en la sucesión *abintestato* a los hermanos y sobrinos e, incluso, como acontece en Cuba, a los ascendientes distintos de los padres. Igualmente en aquellos ordenamientos reguladores de la legítima se le reconoce como tal, tanto en uno como en otro tipo de sucesión, o sea, ya sea testamentaria como *abintestato*. Esta protección al cónyuge supérstite se extiende también en algunas legislaciones nacionales al derecho real de habitación sobre el inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal, los enseres de uso doméstico necesarios para la vida en el hogar y los derechos que como cotitular en la comunidad de bienes o sociedad de gananciales le compete en bienes sujetos a normas especiales como las cuentas bancarias con designación de beneficiarios.
- IV. Si bien en la actualidad se tiende a desvanecer la atribución de culpas en el divorcio, propendiéndose a su descausalización, las normas de algunos Estados reconocen las prestaciones compensatorias que pretenden, de alguna manera, paliar los efectos dañosos que el divorcio pueda generar para el cónyuge perjudicado, a causa de la recesión de su status económico y social, fundada esta prestación en la equidad, en la justicia distributiva o en el enriquecimiento sin causa

y que, en general, carecen de naturaleza alimentaria, promoviendo el reequilibrio económico destruido por el divorcio.

- V. No es ajena al Derecho de Familia la autonomía de la voluntad, si bien por la naturaleza de esta sensible materia jurídica dicha autonomía actúa de forma limitada, precisamente por el carácter mayoritario de las normas imperativas que le regulan y por estar siempre presente el interés familiar que se tiende a tutelar, jerárquicamente superior a cualquier actuación privada de alguno de los miembros de la propia familia. La intervención del Estado se hace cada vez más necesaria como contraprestación al juego de la autonomía de los particulares en este campo, la que, sin dudas, también resulta propicia proteger. Compete a la ley determinar los supuestos fácticos en que la autonomía puede actuar, para lo cual han de exigirse ciertas solemnidades o requerimientos especiales que han de cumplirse estrictamente en pos de garantizar la protección de los derechos fundamentales, el interés superior del niño y la institución familiar.
- VI. Como manifestación de los principios de libertad e igualdad, reconocidos por las Constituciones políticas de los Estados y de la integración de nuevos valores en la creación del Derecho, se impone reflexionar sobre la necesidad de dar cobertura legal a un importante sector de la sociedad que hoy abandona al matrimonio como vía idónea para constituir una familia. Se propone por cierto sector de la doctrina científica el contrato, milenaria institución jurídica, como fuente alternativa de creación de una familia, lo que ya ha tenido el respaldo de algunas normas legales europeas dictadas a finales de la pasada década como vía para tutelar la convivencia de quienes no quieren o no pueden acudir al matrimonio para fundar su propia familia.
- VII. Se sostuvo la necesidad de definir, analizar y estudiar con especial atino la familia, no como resultado de un acto formal (el matrimonio) sino a partir del cumplimiento de unas funciones de protección, solidaridad, socialización, transmisión de valores y de la educación y formación de los hijos (si los hubiere), siendo inevitable reconocer que lo que nos convierte en familia es precisamente la afectividad y no las disposiciones jurídicas pertinentes, razón que motiva el análisis de las relaciones entre convivientes que no tengan una cobertura legal en los ordenamientos jurídicos de los Estados. El Derecho de Familia debe, por tanto, representar el proyecto de sociedad al cual se aspira y, en ese sentido, sería cónsone a una sociedad que responda a valores de solidaridad, respeto a la diferencia, a la tolerancia por ideas y estilos de vida diferentes y, sobre todo, de respeto a la dignidad humana. Sólo así, se ajustaría a las exigencias que imponen los retos del nuevo milenio.

COMISIÓN N.º 3

Derecho Procesal Familiar y Métodos Alternativos en la Solución de Conflictos Familiares.

La Comisión número tres estuvo integrada de la siguiente forma: Presidente, Doctor José Ernesto CRIOLLO (El Salvador), Relatora, Licenciada Rita ALDAYA BAYÓN (Cuba) y como Secretaria la Licenciada Marisela CASANOVA ÁLVAREZ (Cuba).

Los temas de convocatoria de esta Comisión fueron: *La Mediación y el Instituto de la Consultoría previo a la conciliación familiar como formas alternativas en la solución de los conflictos de familia; La voluntad del menor en los procesos en que debe ser escuchado; Estructuración y especialización del Tribunal que conocerá de los asuntos de familia; La acción y la legitimación en el marco de las relaciones paternofiliales.*

- I. Del conjunto de siete ponencias tratadas y de las opiniones expresadas por los participantes en representación de Argentina, Colombia, México, Estados Unidos y Cuba se apreció que la mediación facilita el acceso a la justicia, lo cual implica lograr la efectiva aplicación del derecho en el menor tiempo posible, beneficia al niño al disminuir el nivel de conflictividad entre sus padres y reduce la cantidad de procesos que llegan al sistema judicial.
- II. La Consultoría como un método que implica la creación de un contexto especial previo a la conciliación, entendida esta última como el acto jurídico o instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley, posibilitando que sean las mismas quienes solucionen sus controversias.
- III. La conciliación es una alternativa que permite la transformación del conflicto en acuerdo y facilita que el sistema familiar evolucione hacia el cambio. Dicho cambio implica la superación de un conflicto mediante nuevos significados, realidades y narrativas facilitadas por el Consultor, mediante conversaciones reflexivas para ayudar a desarrollar nuevos temas generadores de nuevas historias y por ende nuevas alternativas de solución.
- IV. Los conciliadores deben propiciar a las personas que acuden a las audiencias una manera adecuada de resolver sus conflictos mediante la vía del diálogo, de la comprensión, lo cual facilita la transformación del problema inicial en una nueva situación de apertura con nuevas

- oportunidades para reconstruir la situación dañada que permitan fortalecer la solidaridad y afectos entre los miembros de la familia.
- V. Se abordó además la importancia del modo en que debe valorarse la manifestación de voluntad del menor en los procesos en que debe ser escuchado con vistas al cumplimiento de lo regulado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y con el fin de garantizar la observancia de satisfacer el interés superior del niño.
- VI. Especial análisis motivó la acción y la legitimación en el marco de los procesos que en torno a la filiación se pudieran establecer, proponiéndose nuevas fórmulas en cuanto a la persona legitimada para instar ante los Órganos Jurisdiccionales correspondientes.

Teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas la Comisión número tres de este XII Congreso Internacional de Derecho de Familia recomienda a los Estados y a sus miembros lo siguiente:

1. Estudio dentro de cada contexto sociojurídico de la posible instrumentación de los métodos alternativos en la solución de los conflictos familiares, llámese mediación, conciliación, consultorías u otros, estimando su importancia no sólo como medio de descongestionar los órganos judiciales sino también como formas que implican una solución más humana sin llegar a enfrentamientos lesivos ni a la litis que dejan huellas dolorosas en las relaciones familiares, teniendo en cuenta el principio de la preservación de las relaciones paternofiliales como máxima aspiración de toda sociedad.
2. Definir legalmente qué se considera como interés superior del niño.
3. Preparación profunda del funcionario que asuma la responsabilidad de escuchar a los niños y niñas.
4. Necesidad de la existencia de un equipo multidisciplinario adscripto a los Tribunales que conozcan de los litigios en materia de Derecho de Familia.
5. El Derecho Procesal de Familia debe apuntar teleológicamente a la realización o materialización de normas sustantivas de familia que tienen su fundamento en principios jurídicos, éticos y espirituales que este específico derecho procesal no puede ignorar, tales son la solidaridad y el amor, de manera que los Estados que no cuenten con legislación procesal de familia y por tanto jurisdicción especial en esta materia y a los que ya cuenten con ella, que propugnen su establecimiento dada la necesidad impostergable de su creación y/o su continuo perfeccionamiento, por la capital importancia que reviste la tutela judicial efectiva que se impone como uno de los retos del Derecho de Familia para el nuevo milenio.

COMISIÓN N.º 4

Impacto de las tecnologías en la familia de nuestros días.

Muchas interrogantes y expectativas prevalecen sobre la influencia de los avances de la técnica y su inevitable repercusión en la sociedad, específicamente en la familia. Un grupo importante de esos cuestionamientos no tiene una respuesta consensuada aún, pero lo que resultaría imperdonable sería cerrar los ojos e ignorar una realidad inevitable. Los debates actuales deben concebir a la familia en ese contexto y bajo los retos de los avances científicos.

Los progresos de la ciencia nos obligan a replantearnos instituciones y conceptos jurídicos, se exponen nuevas nociones en torno a la paternidad, maternidad, filiación; se abordan nuevas vertientes, interpretaciones o formas de vulnerabilidad a derechos fundamentales y a los derechos inherentes a la persona; en otro orden, se exige protección a supuestos desprovistos, hasta la fecha, de tratamiento en la norma jurídica.

La Comisión núm. 4 del XII Congreso Internacional de Derecho de Familia que estuvo integrada por: Presidente, Dr. Ulises PITTÍ G. (Panamá), integrantes: Dr. Leonidas COLAPINTO (Argentina), Dr. Pedro F. SILVA-RUIZ (Puerto Rico), Relatora Msc. María Amparo SANTANA CALDERÍN (Cuba), Secretario Lic. Eduardo ÁLVAREZ COLLADO (Cuba) conoció del eje temático relacionado con el impacto de las tecnologías en la familia de nuestros días. Se debatieron 15 ponencias presentadas por autores de Colombia, México, EE.UU., Argentina, Bolivia, España, Puerto Rico y Cuba que versaron sobre: *la reproducción humana asistida, la Pandemia del Sida, Clonación Humana, Sexualidad humana, Alcoholismo, Eutanasia y Bioética*.

Se reconoce el aporte científico de todos los conferenciantes, ponentes y de las intervenciones que desde sus perspectivas enriquecieron la discusión de los temas abordados.

Las principales propuestas versaron sobre los siguientes planteamientos:

- I. Resulta necesario una regulación legal y especial para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y sus consecuencias, en especial para la determinación de la filiación que se origina con el nacimiento de un nuevo ser. Aun en países que cuenten con normas en este sentido, éstas deben ser perfeccionadas.
- II. El Derecho no va impedir la clonación humana, por lo que se deben prever las consecuencias para el Derecho de Familia, no debe ser exclusiva la reglamentación jurídico-penal. Aparecen retos al Derecho de Familia y en ese sentido se aborda una nueva forma de parentesco, una amplitud en la interpretación del derecho a ser distintos, la correlación entre el derecho a la intimidad genética y el

- derecho a la información, la necesidad de una especial protección al fruto de la clonación, la responsabilidad civil para quienes causen daños, las reglas de la competencia.
- III. El éxito científico no debe prevalecer sobre el bienestar de los seres humanos y en especial sobre los derechos de los niños y niñas.
 - IV. Toda aplicación de las tecnologías al hombre, y en consecuencia a la familia, debe respetar las reglas y principios del consentimiento informado, la confidencialidad y la no discriminación.
 - V. El tema de la transexualidad es complejo. El Derecho debe procurar el tratamiento de esta problemática con una visión verdaderamente transdisciplinaria, biótica, que permita abarcar la compleja dimensión de lo humano. Mientras que el tema de la homosexualidad recibe actualmente un amplio tratamiento, la problemática relacionada con la transexualidad es objeto en general de una más reducida y lenta atención.
 - VI. Al asumir el Derecho de Familia los retos de la tecnología no puede subvalorar lo afectivo en la relación entre los miembros de ese grupo social. No se debe biologizar el Derecho, hasta el extremo que se pierda lo espiritual o sentimental del Derecho de Familia.
 - VII. El debate académico no debe desconocer que prevalecen barreras económicas que impiden a grandes multitudes de seres humanos en el planeta el acceso a los avances científicos. Como señalara el destacado intelectual brasileño Frei BETTO: “Llegamos a la Luna, pero no a la justicia social. Pusimos telescopios capaces de desvelar las intimidades del universo, pero no vemos las necesidades y los derechos del prójimo carente. Clonamos seres vivos, pero no salvamos de la muerte a niños desnutridos. Fotografiamos cuantitativamente las partículas subatómicas pero ignoramos las angustias más profundas del corazón.”⁽¹⁾

El debate, al igual que el desarrollo científico, no se detiene y muchos y nuevos espacios de discusión teórica se asumirán, pero cualquier solución que conceda la sabiduría humana debe elegir siempre a favor del hombre para que su dignidad y su intrínseco valor sean siempre proclamados y defendidos.

Dado en el Palacio de las Convenciones de la Ciudad de La Habana, Cuba, a los 27 días del mes de septiembre del año dos mil dos.

⁽¹⁾ BETTO, Frei, *Revista América Latina en Movimiento, el Grito de las Américas*, 24 de octubre del 2000.

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.

LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR LA CONVIVENCIA MORE UXORIO DEL BENEFICIARIO

Antonio-Alberto Pérez Ureña

*Abogado del Ilustre Colegio de Granada
Miembro de la AEAFA*

*[Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid,
Sec. 1.ª, de 30 de junio de 2001 (publicada en la Revista de Derecho
de Familia, núm. 15. Abril 2002. Págs. 209 y 210)]*

La resolución objeto de comentario declaró el mantenimiento de la pensión compensatoria al haberse acreditado solo una relación sentimental seria, pero incompleta de la esposa con otro hombre, con rasgos de permanencia y vocación de traducirse en “algo más” profundo y duradero, pero que en el momento presente aún no se ha producido.

Este breve comentario analiza el supuesto contrario, es decir, la procedencia de la extinción de la pensión una vez acreditada la convivencia del beneficiario/a de la misma con un tercero/a, de forma análoga a la marital referida en el artículo 101 del Código Civil. Dicho de otro modo, una vez constatada la previa existencia de una “unión de hecho”.

1. La pérdida de la pensión compensatoria como consecuencia de mantener la persona beneficiaria una convivencia *more uxorio* con tercera persona.

Frente a la redacción del art. 101 que proponía el Gobierno en el Proyecto de la Ley de 7 de julio de 1981, que establecía que se extinguiría el derecho de pensión por llevar el acreedor “vida notoriamente deshonesto”, lo cual implicaba una sanción al cónyuge que, siendo beneficiario de la pensión, mantuviera relaciones sexuales con otra u otras personas, y ante todo, el establecimiento de juicios de valor acerca de la conducta de otra persona en el aspecto sexual, la actual redacción, lejos de cualquier planteamiento de carácter moral acerca de la conducta de los cónyuges o ex cónyuges tras su ruptura matrimonial, lo único que pretende es evitar el fraude por un lado, y por otro que se mantenga el derecho a la pensión cuando desaparece el desequilibrio, lo que ocurre con carácter general cuando se alcanza una nueva situación de convivencia estable con otra persona.

Así es, el párrafo 1.º del art. 101 del CC, según redacción de la Ley 30/1981, de 7 de julio, contempla como causa de extinción del derecho a la pensión compensatoria derivada de la separación y el divorcio, que el beneficiario viva maritalmente con otra persona; precepto éste que ha sido interpretado (SAP Asturias, 29 de abril de 1998), en el sentido de que la “convivencia marital”, según la expresión que utiliza la norma, para extinguir o impedir el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria, supone, necesariamente, una cohabitación de carácter permanente y estable, que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar *de facto*, es decir, una convivencia *more uxorio*, dado que la expresión utilizada por el Código no puede configurarse más que según el modelo matrimonial, que actúa como paradigma, lo que exige las notas de “habitualidad” y no la relación meramente episódica o circunstancial, pues la expresión convivencia no puede entenderse de otra forma, y esa “habitualidad” presupone la “estabilidad”, como corolario lógico práctico inevitable, sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo, como tampoco puede no serlo el matrimonio, ni proyectarse obligatoriamente hacia esta institución cuando la propia Ley ya lo contempla expresamente como causa de extinción (BARCELÓ DOMENECH).

En este sentido, la Sentencia de la AP de Madrid, de 10 de septiembre de 1998, declara que tal convivencia exige “*una clara interdependencia en lo corporal y espiritual, e inclusive en el ámbito pecuniario, que exteriorice una auténtica comunidad de vida, similar a la de carácter matrimonial*”, haciéndose hincapié por la jurisprudencia en que ha de venir definida por las notas de permanencia y estabilidad, de modo que se venga a gozar de una posesión de estado familiar *de facto* (SAP Asturias, 10 de febrero de 1998).

Dicha convivencia se puede demostrar mediante la utilización de toda suerte de pruebas, bien directas, bien de presunciones (SAP Lleida, 18 de febrero de 1999).

La dificultad que entraña la demostración de este tipo de convivencia es por lo que, normalmente, será la existencia de determinados indicios lo que permita, a través del juego de las presunciones, dar por sentada la existencia de la nueva comunidad de vida.

Ahora bien, no puede entenderse como “prueba indiciaria” la pretensión de dar por acreditada la convivencia análoga a la marital a través de dos informes elaborados por detectives privados, ratificados testificalmente, realizados en momentos distanciados y en los que lo único que se pone de manifiesto es que ambas personas están juntas, pero no que lleven a cabo una relación análoga a la marital (Sentencia de la AP de La Coruña de 10 de mayo de 1999).

En cuanto a la valoración judicial de la existencia de la convivencia “*análoga a la marital*” a la que se refiere el art. 101 del CC, la Sentencia de la AP de Valladolid, de 18 de marzo de 1999, tiene declarado lo siguiente:

“... (en) la extinción de la pensión compensatoria por concurrir una de las causas legalmente previstas para ello, concretamente la que se refiere a la convivencia marital con otra persona (último inciso del art. 101 CC), la Sala, tras una valoración conjunta y en sana crítica de toda la prueba practicada, tanto en la instancia como en esta alzada (se destaca el Informe de Investigación privado, testificalmente ratificado por su autor, los reportajes fotográficos y videográfico, y el testimonio de D. ..., también las confesiones prestadas por ambos litigantes y testificales de las hijas del matrimonio), llega a una conclusión distinta de la plasmada por la Juez en su Sentencia. Y es que, partiendo de la dificultad que siempre entraña obtener una prueba directa y contundente sobre la realidad de una convivencia de esa naturaleza, pues los interesados de ordinario pretenden su ocultación, lo cierto es que el actor recurrente ha traído a los presentes autos datos y elementos probatorios suficientemente demostrativos de que la esposa, beneficiaria de la pensión, ha mantenido y mantiene con otra persona una convivencia y unión afectiva o sentimental que va mas allá de las esporádicas estancias, la buena amistad o la relación de noviazgo que ella misma reconoce, pues claramente viene revestida de características de habitualidad y estabilidad así como de confianza, familiaridad y mutua ayuda, que a todas luces es equiparable a la relación y convivencia existente entre cónyuges en una unión matrimonial ordinaria o normal, por lo que, a juicio de la Sala, constituye la convivencia marital que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 101 CC, justifica la extinción de la pensión compensatoria...”

El que la persona en cuestión se halle empadronada en una localidad distinta no desvirtúa la posibilidad de una convivencia *more uxorio*, al no ser aquél sino un elemento meramente formal y administrativo (SAP Valladolid, 18 de marzo de 1999).

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 10 de febrero de 2000, declara:

*“...examinado el material probatorio obrante en autos fundamentalmente los informes elaborados por una investigadora privada referidos a dos diferentes momentos separados entre sí por varios meses y abarcando cada uno de ellos varios días consecutivos, informe que ha sido convenientemente ratificado por vía testifical dando oportunidad a la contraparte a formular repreguntas, así como de diversa prueba testifical también practicada, se llega a la conclusión racional de que en efecto la demandada ha entablado, como tiene por cierto el más legítimo derecho, una nueva relación de pareja, estable, seria y suficientemente prolongada en el tiempo como para poder entender que en efecto concurre la circunstancia de extinción de la pensión compensatoria prevista en el art. 101 del Código Civil y que venimos examinando, siendo datos reveladores entre otros muchos, de dicha estabilidad en la convivencia, el hecho de que el compañero sentimental de la demandada posea llaves del domicilio de la misma, el hecho de que cuando sale de su domicilio tras pernoctar, lo haga correctamente uniformado para el desempeño de su trabajo como vigilante del estacionamiento en Talavera de la Reina habiendo entrado por las noches vestido de paisano, lo que demuestra que ha trasladado sus ropas a la vivienda de la demandada, incluso el hecho de que vecinos del que se supone que es su propio domicilio, remiten a quien pregunta por él, al domicilio de la demandada, según el mencionado informe de seguimiento convenientemente ratificado. El que el compañero sentimental de la demandada mantenga su anterior domicilio a efectos administrativos o que en él reciba su correspondencia, en absoluto prueba que sea allí donde verdaderamente reside habitualmente, no siendo tampoco exigible para entender la existencia de una convivencia marital el hecho de que se comuniquen los patrimonios de los convivientes, adquieran bienes comunes o mantengan cuentas corrientes conjuntas, siendo plenamente compatible una independencia patrimonial con una convivencia *more uxorio* en lo estrictamente personal, de igual modo que dicha independencia patrimonial es también compatible con el matrimonio regido por el régimen de separación de bienes, en el que no hay comunicabilidad ni confusión de patrimonios, sino únicamente contribución a los gastos comunes en proporción a los respectivos ingresos...”*

La convivencia estable con otra persona por parte de la beneficiaria de la pensión, a fin de privarle de la misma, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial consolidada, según la cual la citada causa de extinción solamente opera

cuando se acredite cumplidamente una auténtica convivencia de caracteres similares a la conyugal o *more uxorio*, permanente y estable, que suponga una posesión de estado familiar *de facto*, con exclusión nítida y clara de lo que pudiera constituir una mera relación sentimental ocasional o no duradera⁽¹⁾.

2. ¿La convivencia extintiva de la pensión compensatoria ha de ser heterosexual?

La heterosexualidad de la unión de hecho es una de las cuestiones más controvertidas que se vienen suscitando. Parece claro que ninguna duda se suscita con la unión heterosexual. Respecto a su posible aplicación a la unión o convivencia homosexual no existe acuerdo en la doctrina patria (en ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales conocidos). Ciertamente se pronuncia en términos negativos: así, Joaquín RAMS ALBESA⁽²⁾ funda su tesis en que en tanto no se reconozcan efectos matrimoniales a la convivencia homosexual, estas uniones no pueden ser esgrimidas como motivo de extinción de la pensión compensatoria, cualquiera que sea el juicio que estas uniones nos merezcan. Frente a esta posición parece oponerse el sector mayoritario de la doctrina consultada, y a la que modestamente nos sumamos. Ya en 1982, es decir recién entrada en vigor la Ley 30/1981, el profesor José-Ángel TORRES LANA⁽³⁾ se decantaba por la solución contraria, afirmando que hay que entender por convivencia marital la comunidad de vida, reflejo de su equivalente matrimonial, es decir, montada sobre lazos afectivos y sexuales, pero independiente del carácter homosexual o heterosexual de la unión.

Destacamos la fecha de 1982, porque por aquél entonces no era fácil admitir no ya sólo ciertos efectos a las uniones de hecho heterosexuales, sino el reconocer a las uniones homosexuales (gay o lesbiana). Hoy por el contrario son socialmente admitidas estas nuevas modalidades de convivencia. En similares términos se pronuncia Manuel-José MARÍN LÓPEZ⁽⁴⁾. Efectivamente,

(1) Podemos citar, al respecto, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de octubre de 1998, Audiencia Provincial de Segovia de 9 de diciembre de 1998, Audiencia Provincial de Asturias de 15 de abril de 1999, Audiencia Provincial de La Coruña de 10 de mayo de 1999, y Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de enero de 2000.

(2) Comentario al art. 101 del CC, en *Comentarios al Código Civil*, II. Vol. 2.º Libro Primero (Títulos V a XII). José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 1035.

(3) Comentario al art. 101 del CC en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*, obra colectiva coordinada por José-Luis Lacruz Berdejo, Civitas, 1982, pág. 792.

(4) Comentario al art. 101 del CC en *Comentarios al Código Civil*, obra colectiva coordinada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2001, pág. 212.

estimamos que es esta la solución adecuada a la realidad sociocultural vigente; no en vano hemos definido la unión de hecho como *la formada con carácter duradero y estable por dos personas (con independencia de su orientación sexual), con capacidad suficiente y sin vínculo matrimonial subsistente que, con independencia de su sexo, ausencia de toda formalidad y desarrollando una comunidad de vida, cumplen espontánea y voluntariamente deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos.*

FALTA DE COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA SOBRE ANTERIORES PROCESOS DE ALIMENTOS PROVISIONALES Y DEFINITIVOS

Juan José Reyes Gallur

Abogado

Miembro de la AEAF

Una vez más apelo a que el derecho de familia sea considerado como un derecho en mayúsculas, donde los aspectos procesales o las costas se tomen realmente en serio. Sin embargo un mal entendido derecho de protección de los menores, o del derecho a la igualdad de los hijos de parejas de hecho, hacen un flaco favor a esta rama del derecho cada vez más especial y especializada.

En muchas ocasiones una demanda mal formulada, mal presentada y mal defendida es rectificada y “asumida su defensa” por el propio juzgador o por el fiscal, las más de las veces no especializado.

En la práctica diaria, los jueces alteran el *petitum* de una ejecución del 776 de la LEC solicitando la suspensión del régimen de visitas ante el incumplimiento del progenitor no custodio, con la citación a una vista al amparo del 775 de la LEC, citando a la parte a través de su representación (Juzgados de Torremolinos, sin citar al pecador), o se admite sin traba procesal alguna prescindir del inicio de los trámites del 806 y ss. para citar directamente a nombramiento de peritos (juzgado de familia), o se acuerda en el auto de admisión de las medidas provisionales una prueba pericial de oficio por el Juzgado, sin haberla solicitado la actora y por supuesto sin haber oído ni siquiera a la otra parte, o se asume la competencia objetiva y funcional tras existir una sentencia firme de alimentos provisionales, para acordar su modificación al amparo del art. 775 de la LEC.

Todas estas situaciones procesales anómalas se han adoptado en interés de los hijos y al encontrarnos ante un derecho semipúblico donde todo vale. Sin embargo entiendo que toda esa defectuosa técnica procesal, ese prescindir de la norma para hacer “un derecho procesal de familia acomodado a las circunstan-

cias del caso y del juez que lo interpreta y aplica” va en perjuicio de los propios profesionales que nos dedicamos a este derecho especializado y de nuestros clientes. Qué pensará nuestro cliente cuando al preguntarnos sobre cómo es el proceso nos encogemos de hombros para decirle que “depende, aquí se hace de esta manera, pero en el otro juzgado no sabemos cómo lo hará”. ¿Es eso seguridad jurídica?, ¿es éste un verdadero derecho de familia?

Pasando al tema que nos ocupa sobre la competencia objetiva y funcional de los juzgados de familia para conocer de la modificación de medidas definitivas cuando ya exista una resolución firme de alimentos provisionales adoptados previamente dictada al amparo de la legislación procesal anterior, hemos de indicar que esta falta de competencia habremos de alegarla al amparo del artículo 46 de la LEC.

En primer lugar hemos de indicar que la demanda a interponer no puede ser dirigida sin más al Juzgado de Familia de modo expreso, pues ello conllevaría que en el Juzgado decano no se examinara el fondo de la demanda y se remitiera a este juzgado, el cual carece de competencia objetiva para ese proceso. En determinados partidos judiciales las juntas de jueces han acordado que todo lo que “huela a familia” se remita a los Juzgados de tal condición.

De conformidad con el RD 1322/1981, de 3 de julio (EDE 1981/7) por el que se crearon, se les asigna el conocimiento “de forma exclusiva por vía de reparto de las actuaciones judiciales previstas en los Títulos IV y VII del Libro I del Código Civil, así como de aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de familia les sean atribuidas por las leyes” (artículo 1.2). Se excluyen expresamente como de competencia de los Juzgados de Familia las reclamaciones sustentadas sobre los alimentos entre parientes regulados en los artículos 142 a 153 dentro del Título VI del Libro I del CC.

Tratando por tanto la materia objeto del proceso que estudiamos sobre los alimentos entre parientes regulados en el Título VI del Libro I del Código Civil, esta materia resulta en principio una competencia no asumida por los juzgados de familia para conocerlas.

Además de lo anterior, y al amparo de lo previsto en el artículo 61 de la LEC, que señala que salvo disposición legal en otro sentido, el Tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito la tendrá también para resolver sus incidencias. Esta afirmación nos lleva a preguntarnos si el proceso de modificación de medidas es realmente un proceso autónomo o es un incidente del pleito donde fueron adoptadas las medidas definitivas.

La anterior jurisprudencia menor, con ocasión de determinar la competencia objetiva y funcional del proceso de modificación de medidas, y analizando el antiguo artículo 55 de la LEC de 1881 (hoy art. 61 de la LEC), concluyó que no cabe sustanciar un procedimiento de modificación de medidas ante órgano jurisdiccional distinto al que acordó la medida cuya variación se pide, según

sentencia de la AP de Madrid de 13 de septiembre de 2001 (EDE 2001/45192) o la de la AP de Alicante de 19 de diciembre de 2000 (EDE 2000/69559).

Pero es más, recientemente el TS ha tenido ocasión de volver a pronunciarse sobre este extremo al considerar en el Auto de fecha 1 de octubre del presente año y, siendo ponente del mismo el propio Presidente del TS, D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, si es susceptible de casación la sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas, y cómo en reiterados autos dictados por el TS en esta materia y que se especifican en el mismo, resulta:

“...la imposibilidad de atribuir a la resolución recurrida la condición de una verdadera ‘sentencia de segunda instancia’, y ello porque la propia LEC 2000 distingue entre ‘apelación’ y ‘segunda instancia’ limitada esta última a los casos en que se pone fin a la primera (...) apareciendo concebida y regulada la modificación de medidas como una cuestión incidental, a resolver por auto.”

Más adelante el propio auto que invocamos nos indica que

“el legislador, con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de las Medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como ‘cuestión incidental’ a resolver mediante Auto y, por ende, excluida al acceso a la casación”.

En idénticos sentidos se han pronunciado los autos del Tribunal Supremo de fecha 18 de septiembre de 2002, 31 de julio de 2001 y 2 de octubre de 2001.

Igualmente hemos de entender que el procedimiento del artículo 775 especifica que el procedimiento debe presentarse ante el que conoció el proceso que acordó de medidas definitivas (“solicitar **del** tribunal”), es decir se refiere al juzgado que las adoptó.

A la vista de los razonamientos anteriores parece que el juzgado competente para conocer en todo caso de una modificación de medidas al amparo del artículo 775 deberá ser el juzgado que las dictó.

Pero no podemos olvidar que nos podemos encontrar con dos supuestos distintos. Uno consistente en una sentencia que acordó alimentos provisionales y otro en el que los alimentos se hayan fijado en el juicio declarativo de alimentos definitivos.

Para el caso de considerarse que los alimentos tienen el carácter de “provisionales”, no nos encontramos ante un supuesto de medidas definitivas y por tanto el proceso utilizado del art. 775 no es el adecuado.

Estamos en principio ante una sentencia dictada en un juicio de alimentos provisionales, que conforme al artículo 1617 de la LEC de 1881 **“quedará a salvo el derecho de las partes a promover el juicio plenario de alimentos definitivos** ventilando en el juicio plenario que corresponda, tanto el derecho a

percibirlos, como la obligación de darlos y su cuantía, sin perjuicio de seguir abonando mientras tanto la suma **señalada provisionalmente**".

Este artículo nos indica dos cuestiones importantes:

- a) Que estos alimentos tienen el carácter de provisionales y que cualquier modificación debe plantearse ante el proceso de alimentos definitivos, cuando nos dice que queda a salvo el derecho de promover el juicio plenario y cuando nos indica la obligación de seguir pagando **"la suma señalada provisionalmente"**. Es decir, nos remite al proceso de alimentos definitivos regulado en el artículo 250.8.º de la LEC.
- b) Que si intentamos dar traslado al proceso matrimonial para aplicar las normas procesales actuales nos encontraríamos no ante medidas definitivas, sino provisionales (**"la suma señalada provisionalmente"**) y **por tanto no definitivas y no susceptibles del proceso de medidas definitivas del 775.**

Para el supuesto de que los alimentos hayan sido dictados en un proceso declarativo de alimentos definitivos, solo en ese caso sería cuestionable la utilización del proceso especial de modificación de alimentos, pero eso sí ante el juzgado que dictó tales alimentos. No obstante en puridad procesal creo que para la modificación de estos casos sería procesalmente más apropiado el cauce del juicio verbal especial del artículo 250.8.º de la LEC, que sin duda ofrece mayores garantías a las partes.

En definitiva, a la vista de los argumentos expuestos, tanto en uno como en otro caso la vía del juicio verbal de alimentos sería el cauce procesal más correcto, sobre todo, porque como ya he indicado, es el que ofrece mayores garantías a las partes. No obstante, este argumento será acogido o rechazado dependiendo del juzgado que tenga que resolver.

¿LIMITACIÓN TEMPORAL AB INITIO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA?

Juan José Reyes Gallur

Abogado

Miembro de la AEAF

(Comentarios a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de marzo de 2002. EDE 2002/22301)

Con respecto a la pensión compensatoria, hemos de indicar en primer lugar que *"Su finalidad es resarcir el desequilibrio económico, que la cesación de la vida en común ocasiona a uno de los cónyuges en relación con la situación del*

otro, según resulta del artículo 97 del Código Civil, el cual, una vez acreditado el desequilibrio, establece unos parámetros a tener en cuenta para la determinación de la cuantía” (SAP de Orense de 1 de julio de 1998).

Su finalidad no es otra, como nos indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en **Sentencia 4 de marzo de 2002**, que la de “*compensar al cónyuge que se ve perjudicado por la separación o el divorcio, manteniendo el principio de solidaridad económica existente constante la situación convivencial. Los términos comparativos que generan el derecho a pensión son, pues, dos: la situación de la que se gozaba durante el matrimonio y la situación previsible después de la crisis, atendida la posición personal y profesional del beneficiario de la pensión. Con palabras de la Audiencia Provincial de Lleida (sentencia de 6 de febrero de 1998: ‘es una institución cuya finalidad es evitar que las consecuencias negativas desde el punto de vista patrimonial que se derivan normalmente de la quiebra de la vida en común, graviten de forma desproporcionada y desequilibrada sobre uno de los miembros de la pareja, como consecuencia de la diferente situación en que se encuentran a raíz de las diferentes posiciones ostentadas durante el tiempo que duró la vida en común, tanto en el desempeño de trabajos subordinados al bienestar familiar como a la formación de un patrimonio privativo, así como evitar situaciones contrarias a principios de equidad o a criterios de una mínima solidaridad postconyugal’.*

Nos encontramos, pues, ante una actuación legal que no se produce nunca de forma automática, sí siempre atemperada a las circunstancias de todo orden concurrentes: status o posición social y económica del matrimonio, duración del período de convivencia, dedicación primordial o exclusiva de uno de los cónyuges al sostenimiento del consorcio y de los hijos comunes, situación de los consortes después de la crisis matrimonial, preparación personal y profesional ante el mercado laboral, etc.

Siendo ello así, no se atisba razón social alguna que conduzca a la inexorabilidad de un plazo a fijar para la pensión compensatoria, plazo que, además, obligaría a adivinar ex ante la cesación de la situación de desequilibrio, cuando la Ley ofrece, como veremos, mecanismos suficientes para modular una situación que se fija rebus sic stantibus”.

Precisamente la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña no hace más que hacerse eco del fundamento de la pensión compensatoria, y que ya otros tribunales habían analizado. Así se reconoce en la SAP de Córdoba de 25 de marzo de 1999, que su raíz última no se halla en la indigencia, sino en el desequilibrio, factor de diversa índole, por cuanto se refiere a un perjuicio que toma “*como punto de referencia la posición del otro cónyuge, no sólo en la faceta económica sino también teniendo en cuenta la pérdida de beneficios, influencias, amistades o cualquiera otras circunstancias, de forma que la con-*

secuencia sea el empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio” (SAP de Córdoba de 25 de marzo de 1999 (AC 1999, 597).

Hemos de destacar igualmente que *“la pensión compensatoria no presupone, como los alimentos entre cónyuges, una situación de necesidad en el acreedor, sino la constatación de un efectivo desequilibrio económico en perjuicio suyo, lleve o no aparejada aquella situación de necesidad”* (SAP de Salamanca de 15 de enero de 2001 (AC 2001, 677).

Para ROCA, la finalidad de la pensión puede resumirse en la siguiente fórmula: *“constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzado por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio: mientras era eficaz, el matrimonio enmascaraba esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, la pérdida se manifiesta con toda su crudeza y por ello debe existir la compensación”*⁽¹⁾.

La sentencia de la AP Cádiz, sec. 1.^a, de 6 de octubre de 1999, rec. 83/1999. Pte. Rodríguez de Sanabria Mesa, Fernando Francisco (EDE 1999/41895), nos facilita igualmente el concepto y naturaleza de la pensión compensatoria al indicarnos que

“Por lo que se refiere a la pensión compensatoria establecido a favor de D.ª Carmen, debe tenerse en cuenta que dicha pensión compensatoria regulada en los arts. 97 y 99 a 101 del Código Civil es de naturaleza compensatoria o reparadora del descenso que la separación ocasiona en el nivel de vida de uno de los esposos en relación con el que conserve el otro y en función del que aquel venía disfrutando anteriormente en el matrimonio, operando como factor corrector del desequilibrio generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación. La pensión del art. 97 Código Civil, aplicable tanto al caso de separación como al de divorcio, es un derecho personal que corresponde al cónyuge o excónyuge al que, con motivo de la crisis matrimonial, se la haya producido un empeoramiento de su status económico en relación a la situación que tenía constante matrimonio y se encuentre en posición de desventajoso desequilibrio respecto de la que mantenga el otro. Estos presupuestos fácticos, que justifican el nacimiento del derecho, permiten afirmar que la naturaleza de la pensión compensatoria no es alimenticia sino que constituye un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o el divorcio y sin vinculación con ninguna idea de responsabilidad por culpa (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1988), siendo indiferente para su concesión el régimen económico matrimonial pactado. La intención del legislador fue la de construir el art. 97 del

⁽¹⁾ ROCA, E., en *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Madrid, 1999, pág. 187.

Código Civil sobre un supuesto principal, el empeoramiento económico que sufra un cónyuge en relación con su situación anterior en el matrimonio, y por ello la valoración de desequilibrio económico y empeoramiento de situación ha de referirse al momento de la ruptura como se deduce de la expresión anterior en el matrimonio que se recoge en el art. 97 citado, y señala la doctrina del Tribunal Supremo (con la pensión compensatoria, dice la Sentencia de 2 de diciembre de 1987, se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel que tenía en el momento del matrimonio), y si bien el tenor literal del precepto citado, al referirse a la separación o divorcio permite atender tanto al momento en que se produjo el cese de la vida en común, como el momento en que se acuerda judicialmente la separación o la disolución del matrimonio, debe estarse básicamente, al tiempo en que se produjo la crisis convivencial y por ello el empeoramiento debe referirse al momento de la ruptura matrimonial.”

La pensión compensatoria, como recoge la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña antes citada, se sustenta en la solidaridad, doctrina ya consolidada en las sentencias de diversas audiencias, entre ellas **la SAP de Soria de 4 de enero de 2001** (AC 2001, 734) que se centra precisamente en la solidaridad entre quienes fueron marido y mujer, o en el principio de equidad. Con ella lo que se pretende, subraya, *“no es el mantenimiento de un ‘status económico’ (...) es una institución cuya finalidad es evitar que las consecuencias negativas desde el punto de vista patrimonial que se derivan normalmente de la quiebra de la vida en común, graviten de forma desproporcionada y desequilibrada sobre uno de los miembros de la pareja como consecuencia de la diferente situación en que se encuentran a raíz de las diferentes posiciones ostentadas durante el tiempo que duró la vida en común, tanto en el desempeño de trabajos subordinados al bienestar familiar, como a la formación de un patrimonio privativo, así como evitar situaciones contrarias a principios de equidad o a criterios de una mínima solidaridad postconyugal”* (2).

(2) SAP de Soria de 4 de enero de 2001 (AC 2001, 734). f.j. segundo. Insiste también en el argumento de la solidaridad postconyugal la SAP de Zaragoza de 4 de diciembre de 2000 (AC 2001, 79) que se pronunciará en los siguientes términos acerca de la naturaleza de la pensión compensatoria. Para esta Sala, aquella *“constituye un resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o el divorcio y sin ninguna vinculación con idea de responsabilidad por culpa...”*. Resultando dignos de mención los contrastes que presenta la figura en la regulación española respecto a los perfiles que la misma institución ha recibido en otros Ordenamientos. De esta manera, matiza el Tribunal, *“La doctrina italiana (S. Tribunal Casación de 1 de febrero de 1974) configura esta pensión con una naturaleza indemnizatoria. Nuestra doctrina da un paso más al buscar su fundamento en la ‘Solidaridad Conyugal’, al considerar erróneo el identificarla con la reparación de daños que procede de actividad culposa. Siendo el momento de producirse la ruptura de la convivencia matrimonial el adecuado para averiguar si existe o no ese desequilibrio económico”* (SAP de Zaragoza de 4 de diciembre de 2000, f.j. quinto).

Una vez precisado el concepto de desequilibrio y la finalidad que, en relación al mismo, viene a desempeñar la pensión, nos hallamos ya en posición de abordar el problema de la acotación temporal de esta última en la sentencia que acuerde la separación o el divorcio. ¿Debe la pensión estar sometida a término o ha de ser concebida como un derecho no sujeto a esta acotación?

Somos conscientes del amplio debate que suscita en la doctrina la temporalidad del derecho a la pensión compensatoria. Y de que el tratamiento en la Jurisprudencia Menor dista mucho de ser pacífico, como reconoce expresamente la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de fecha 4 de marzo de 2002⁽³⁾.

La doctrina jurisprudencial ha venido planteando como premisa para el establecimiento de una pensión limitada en el tiempo la previsibilidad o no de su extinción. Así en los casos en los que uno de los cónyuges haya de afrontar el resto de sus días ciertas secuelas, o soportar cargas derivadas

(3) Así el TSJ de Cataluña en **Sentencia 4 de marzo de 2002, EDE 2002/22301**, nos dice: *“Pero sucede, además, que tampoco se atisba razón jurídica alguna.*

De una parte, la mejor doctrina catalana actual no determina la necesidad de fijar un plazo al conceder el Juez la pensión compensatoria, aunque se admita —como es lógico— la posibilidad de hacerlo.

Tampoco es unánime la doctrina que fluye de las decisiones de las Audiencias Provinciales (ni siquiera, como se ha adelantado, la de Barcelona), pese a la rotunda afirmación que se contiene en la sentencia objeto de análisis. Así, sin ir más lejos, deniegan la fijación de un plazo las sentencias de 6 de febrero de 2001 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, la de 14 de marzo de 2001 de la Audiencia Provincial de Alicante y la de 6 de junio de 2000 de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona; conceden la pensión sin límite temporal las sentencias de 22 de mayo y 13 de febrero de 2001 de la citada Sección Decimosegunda de Barcelona; y, es más, igualmente la concede sin plazo la de 16 de mayo de 2000 de la propia Sección Decimoctava de Barcelona.”

También la Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 26 de julio de 1999 (RJ 2000, 748), que viene a resolver igualmente las cuestiones sobre temporalidad de la pensión compensatoria y nos advierte sobre las discrepancias existentes, al decirnos que:

“Sexto.—El cuarto motivo de recurso se basa en la infracción del art. 86.1.d) del Codi de Família y, subsidiariamente, del art. 101, párrafo 1.º, del Código Civil. En este motivo el recurrente, partiendo de un estudio sobre la temporalidad de la pensión compensatoria, argumenta que la Sentencia recurrida infringe los preceptos indicados al no aplicar el principio de temporalidad de la pensión y declararla extinguida por el cese de la ‘causa’ que la motivó, esto es el desequilibrio económico que produjo en su día la separación y el divorcio. El mero paso del tiempo —dice el recurrente— cuando es muy prolongado y en términos comparativos superior al tiempo de matrimonio, opera como cese del desequilibrio, pues por definición no puede existir un desequilibrio perpetuo.

Tampoco sobre este punto se pronuncia la Sentencia objeto de recurso y ello resulta aplicable cuanto se ha dicho en el fundamento de derecho anterior. Sin embargo, sí lo hace la Sentencia de instancia, inaplicando el principio de temporalidad por conocer el criterio contrario de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

de la convivencia matrimonial que, lejos de desaparecer, están llamadas a permanecer indefinidamente, la temporalidad de la pensión no puede ni siquiera plantearse, pues asistimos a lo que bien pudiera denominarse un “desequilibrio perpetuo”, es el caso al que alude la SAP de Cádiz de 14 de marzo de 2000 (AC 2000, 4902).

Desde luego, como se ha puntualizado, requisito ineludible al que quedaría supeditada la admisión de la limitación en el tiempo de la pensión del artículo 97 CC es la certidumbre de que el desequilibrio al que va referida aquélla va a superarse con el paso del tiempo. Esto es, el Juzgador no alberga dudas acerca de que tras la separación o el divorcio cada uno de los cónyuges estará en condiciones de seguir un camino independiente y el perceptor de la pensión, previsiblemente, logrará desenvolverse por sí mismo, superados los obstáculos que el matrimonio pudiera haberle reportado a nivel personal, para su realización en el ámbito profesional, económico, académico, etc.⁽⁴⁾.

Aun si se pudiera entrar en el fondo de esta cuestión, dado el pronunciamiento de instancia, que no es el caso, como se ha dicho, tampoco podría tener razón el recurrente. Ciertamente el principio de temporalidad de la pensión compensatoria ha sido y es, por ahora (aplicando la legislación anterior al Codi de Família), discutido. Pueden, en este sentido, confrontarse las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Vizcaya, Sección 1.ª (fechas 24 de enero de 1992 y 23 de febrero de 1994), Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª [28 de abril de 1995 (AC 1995, 671)], Audiencia Provincial de Almería (10 de diciembre de 1994), Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª [13 de mayo de 1995 (AC 1995, 962)], Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª (10 de mayo de 1995), Audiencia Provincial de Las Palmas [19 de febrero de 1996 (AC 1996, 1599) y 29 de noviembre de 1997], Audiencia Provincial de Cádiz (27 de enero y 28 de abril de 1998), etc. Pero más cierto es que no es éste el punto de controversia, pues el Juez que determinó el divorcio del causante del actual recurrente no fijó un límite temporal a la pensión compensatoria y ahora, en el momento procesal actual, lo único que puede discutirse es, como se ha hecho, si la pensión ha de suprimirse porque la herencia recibida no puede soportar su satisfacción. Y ello con independencia de cuál sea el criterio que mantenga esta Sala sobre la interesante cuestión que se plantea.

El motivo casacional, en consecuencia, también debe desestimarse.”

(4) Es más, en otros casos el Tribunal advierte de la injusticia que entrañaría la prolongación de esta medida por más tiempo. La SAP de Lugo de 30 de enero de 2001 (AC 2001, 562) limita la duración de la pensión a percibir por la esposa a dos años. La beneficiaria era una mujer joven, y el matrimonio se había separado apenas transcurridos siete años desde su celebración. Se subraya que estábamos en presencia de una mujer joven “que se encuentra en plenas facultades laborales”, y que el plazo antedicho resultaba más que razonable para “tener la oportunidad de lograr la subsistencia oportuna, sin necesidad de acudir al apoyo de los rendimientos salariales que, con notable esfuerzo, el demandado consigue” (F. Tercero). O el caso contemplado en la SAP de Valencia de 3 de febrero de 2000 (AC 2000, 3572) (limitación temporal a cinco años de la pensión en el caso de mujer joven que conseguiría empleo estable como limpiadora).

Es precisamente siguiendo esa misma línea argumental, sobre la certidumbre de la modificación el argumento esgrimido por la sentencia AP Cádiz, Sec. 2.^a, S. de 5 de junio de 2000, Rec. 31/2000. Pte. Marín Fernández, Antonio (EDE 2000/57392), que de forma clara y contundentemente nos indica:

“Tercero.—Nos resta por realizar el pronunciamiento correspondiente a la temporalidad con la que el Sr. D. Alberto quiere caracterizar la pensión compensatoria. Siendo cierto que esa tendencia forense viene abriéndose camino en los últimos tiempos y que a ella es sensible este Tribunal, no lo es menos que su aplicación, como indica la representación de la demandada, es restrictiva y excepcional, que la pretensión ha sido extemporáneamente introducida en esta alzada sin posibilidad de efectiva contradicción y, finalmente, que se adecua mal al supuesto de hecho de autos. Pensamos que le es perfectamente dable a la Sra. D.^a María del Carmen allegarse recursos para hacer frente a sus necesidades a través de trabajos ya realizados de soltera en el servicio doméstico, sin necesidad de depender vitaliciamente de su esposo a partir de los 34 años con que cuenta. Con las edades actuales de los hijos tal opción es impensable dada la dedicación que exigen aquellos. Es probable que ésta se modifique de modo sustancial dentro de unos 10 años, pero es difícil hacer desde ahora previsiones acerca de lo que entonces habrá de suceder, es decir, cuáles serán las circunstancias de cada uno cuando pase ese tiempo. Mejor, y más prudente, parece dejar para entonces la reconsideración del problema a través de las amplias posibilidades de modificación y adaptación con que cuentan estas medidas.”

En este mismo sentido la AP Cádiz, en S. de 13 de julio de 1999 (EDE 1999/42315) establece los requisitos para la fijación temporal de la pensión compensatoria, cuando dice:

“Es cierto que, en consonancia con la finalidad que en la actualidad se atribuye a la pensión compensatoria, que no es la de equiparar económicamente los patrimonios de los cónyuges separados o divorciados, sino la de reducir, en la medida de lo posible, los desequilibrios que generan las situaciones de crisis matrimonial, se viene defendiendo cada vez con mayor fuerza en nuestra jurisprudencia la concesión de pensiones con un ámbito temporalmente limitado. En este sentido, se afirma que el riesgo que en la práctica presenta la atribución de pensiones compensatorias indefinidas que incentiven la dejadez, pereza y ociosidad del favorecido, que pudiendo acceder al mercado de trabajo no lo hace, se remedia mediante el otorgamiento de pensiones con un plazo de vigencia determinado que estimule al que tiene posibilidades para conseguir un status económico independiente del otro cónyuge.

No obstante, se puede observar en nuestra jurisprudencia reciente que, como regla general, se procede a la limitación temporal del derecho compensa-

*torio cuando en el momento de la separación o el divorcio, aunque exista una desproporción en perjuicio de uno de los esposos, **el afectado es una persona joven que trabaja o que, por su titulación académica o cualificación personal, tiene posibilidades de hacerlo, la duración del matrimonio y de la convivencia ha sido más bien reducida y no existen excesivas cargas familiares.** Lo decisivo no es la posibilidad actual real de contar con una fuente de ingresos propia, sino las condiciones personales del cónyuge acreedor para poder buscarla y conseguirla.*

Trasladados al caso que aquí nos ocupa puede observarse que:

1) D.^a Josefa, al momento de la separación, no realiza ninguna actividad laboral, de hecho se aporta certificado, aun reciente, de inscripción en el INEM, lo que manifiesta su predisposición a incorporarse en el mercado laboral.

2) D.^a Josefa no ostenta ningún tipo de titulación o cualificación profesional que le facilite el acceso a la vida laboral.

3) El matrimonio ha tenido una duración de, aproximadamente, 18 años, un largo periodo de tiempo que abarca casi la mitad de la vida de ambos cónyuges.

4) D.^a Josefa queda al cargo de sus dos hijas menores de edad, María José (17 años) y Macarena (11 años).

*Puede comprobarse que todos estos hechos no concuerdan con los exigidos por nuestra jurisprudencia para admitir la limitación **temporal** de la **pensión compensatoria**. Por ello no puede acogerse la **pretensión del apelante de limitar a dos años el pago de dicha pensión**. Todo ello sin perjuicio de que, lógicamente, en un futuro, fundamentalmente debido a la edad de la esposa (42 años) y a su disposición para incorporarse al mercado laboral, las circunstancias anteriormente descritas puedan modificarse y la pensión compensatoria a favor de D.^a Josefa, hoy imprescindible, deje de desempeñar su función y pueda reconsiderarse su mantenimiento.”*

Todos estos argumentos sobre previsibilidad de la extinción de la pensión compensatoria no son argumentos jurídicos suficientes, como nos indica la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y “No lo son en sede de Derecho Común, no ya sólo porque la temporalidad de la pensión no se establece como requisito específico de la misma, sino, además, porque, como es sabido, el art. 99 del Código Civil permite, fijada la pensión judicialmente, convenir su sustitución por una renta vitalicia, argumento que actúa —aunque sólo sea teleológicamente— a favor de la intemporalidad. Y no cabe invocar,

como hace la sentencia de instancia, la disposición contenida en el art. 101, según el cual se extingue el derecho a la pensión cuando cesa la causa que lo motivó, porque tal precepto reafirma la esencia del rebus sic stantibus que caracteriza, como se ha dicho, aquel derecho a la pensión y contempla su extinción por variación de las circunstancias de constitución del derecho, lo que hace innecesaria la determinación ab initio de un dies ad quem.

Y tampoco el Derecho catalán opta definitivamente por la temporalidad esencial, sí, en cambio, por la temporalidad potestativa, al fijar legalmente las causas sobrevenidas de extinción.

A la vista por tanto de esta importante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que ha venido a poner fin a los distintos criterios existentes entre las dos salas de familia de la Audiencia Provincial de Barcelona, es evidente que no puede establecerse un límite temporal a la pensión compensatoria en la sentencia, dado que el Código Civil, al igual que el catalán, posee mecanismos suficientes para modificar o extinguir la misma con el paso del tiempo o con el cambio de las circunstancias que motivaron su concesión. Dadas la singularidad de la pensión compensatoria y los mecanismos de nacimiento y extinción de la misma, no puede concebirse jurídicamente, como hacen algunos juzgados y audiencias, el limitar el derecho a unos años y “*en todo caso que se inicie un proceso de modificación de medidas, cuando se precise por el beneficiario de la misma*”. Se olvida que el derecho a percibir una pensión compensatoria nace en un determinado momento cual es la separación o el divorcio de los cónyuges, y que una vez fijada “*sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge*” (artículo 100 del Código Civil). Si una sentencia pone límite temporal a ese derecho está poniéndole fin al mismo, es decir, que transcurrido dicho plazo no cabe la posibilidad de hacerlo resucitar en la vía jurídica. De ahí la incongruencia de algunas sentencias que limitan el derecho pero dejan abierta la posible modificación. Sentencias que sin duda carecen de un conocimiento jurídico del concepto y naturaleza de la pensión compensatoria.

Por tanto solo la voluntad de las partes plasmada en un convenio regulador puede poner límite temporal a la pensión compensatoria.

CRÓNICA LEGISLATIVA

LEY ORGÁNICA 9/2002, DE 10 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL Y DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE SUSTRACCIÓN DE MENORES (BOE DEL 11)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución. Ello ha sido especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores.

El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.

Artículo 1.º—1. Se añade una nueva sección dentro del capítulo III del Título XII

del Libro II del Código Penal con el siguiente rótulo:

“De la sustracción de menores”.

2. La nueva sección se ubicará a continuación de la primera, pasando la actual sección segunda a ser la sección tercera.

Art. 2.º—Se añade un artículo nuevo en el Código Penal, con el número 225 bis, que se inserta en la nueva sección segunda creada por esta Ley y cuya redacción es la siguiente:

“Artículo 225 bis.—1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condi-

ción para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.”

Art. 3.º—Se adiciona un nuevo párrafo al artículo 224 del Código Penal con la siguiente redacción:

“En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa.”

Art. 4.º—Se modifica el artículo 622 del Código Penal, que queda redactado en los siguientes términos:

“Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.”

Art. 5.º—Se adiciona un párrafo nuevo en la medida 1.ª del artículo 103 del Código Civil con la siguiente redacción:

“Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.”

Art. 6.º—1. El número 3.º del artículo 158 del Código Civil queda redactado en los siguientes términos:

“3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.”

2. El actual número 3.º del artículo 158 pasa a ser número 4.º, manteniendo la misma redacción.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—El artículo 308 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, pasa a tener la siguiente redacción:

“Artículo 308.—1. El centro de selección de Jueces y Magistrados elaborará una relación con los aspirantes que aprueben el curso teórico y práctico que se elevará al Consejo General del Poder Judicial según su orden de calificación.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 301.2, aquellos aspirantes aproba-

dos que no pudieran ser nombrados jueces titulares de órganos judiciales ingresarán en la Carrera Judicial en expectativa de destino, tomando posesión ante el Presidente del Consejo General del Poder Judicial al que quedarán adscritos a los efectos previstos en los artículos 212.2, 216 y 216 bis de la presente Ley.

Los jueces en expectativa de destino tendrán preferencia sobre los jueces sustitutos en cualquier llamamiento para el ejercicio de las funciones a las que se refieren los artículos indicados en el párrafo anterior.

Cesarán en su cometido en el momento en el que sean nombrados jueces titulares y destinados a las vacantes que se vayan produciendo, según el orden numérico que ocupen en la lista de aspirantes aprobados.”

Segunda.—Se añade una nueva disposición transitoria a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que tendrá la siguiente redacción:

“Disposición transitoria trigésima octava.—Durante un plazo no superior a cuatro años, el Consejo General del Poder Judicial podrá, en función de las necesidades generales de planificación y ordenación de la Carrera Judicial y adaptación de la misma a la planta judicial dispensar a los miembros de la Carrera Judicial del requisito, al que se refiere el artículo 31 1.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de haber prestado tres años de servicios efectivos como jueces para acceder a la categoría de Magistrado en los supuestos contemplados en el párrafo primero del apartado 1 del citado artículo.”

Tercera.—Se añade un segundo párrafo al artículo 788.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del siguiente tenor:

“En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas.”

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única.—Se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Única.—Queda derogada la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Los artículos quinto y sexto y la disposición adicional tercera tienen carácter de Ley ordinaria.

Segunda.—La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

TÍTULO: LOS PROCESOS ESPECIALES EN LA LEC 1/2000. FILIACIÓN, MENORES Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Autor: Maita M.^a Naveira Zarra.

Becaria F.P.U. Área de Derecho Civil, Universidad de A Coruña.

El tránsito de una ley a otra, lejos de producirse de manera automática, somete a los aplicadores e intérpretes del Derecho a un necesario proceso de adaptación, que resulta tanto más costoso —en términos de tiempo y de esfuerzo intelectual— cuanto mayor es el grado de implantación alcanzado por la norma a cuya vigencia se pone fin. Partiendo de esta afirmación, no resulta difícil vislumbrar la complejidad que, sin duda, entraña el acomodarse a una norma como la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que aspira a dejar atrás toda una “*experiencia jurídica de más de un siglo*”, en palabras de su propia Exposición de Motivos.

No obstante el panorama descrito, lo cierto es que el proceso de adaptación a las nuevas normas viene, en la mayor parte de las ocasiones, simplificado por las tareas de estudio e interpretación de las mismas que tanto teóricos como prácticos del Derecho acometen desde momentos anteriores, incluso, al de su promulgación. Así ha acontecido, como no podía ser de otro modo, dadas las repercusiones de una tan profunda reforma de los procesos civiles como la que acomete, con la LEC 1/2000, respecto de la cual han sido numerosos los trabajos que, anticipándose a su vigencia y a su aplicación práctica, han estado orientados a arrojar luz sobre las dudas que la aplicación e interpretación de sus preceptos podían generar. Entre esos trabajos orientados a facilitar la adaptación a la LEC 1/2000 se encuentra la obra de la que doy noticia en estas páginas, cuyo autor, J. M. Busto Lago, es Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de A Coruña.

Se trata de un libro estructurado en tres Capítulos, que se consagran, de modo separado, al análisis de otros tantos procesos especiales de los que aparecen regulados en el Título I del Libro IV de la LEC. Es de destacar, en este punto, que la discontinuidad temática existente entre los diferentes Capítulos ha sido paliada por el autor al encabezar cada uno de ellos con un sumario, que proporciona, a golpe de vista, una perspectiva global de su contenido concreto.

El Capítulo I tiene por objeto los procesos sobre filiación, regulados en los arts. 764 a 768 LEC. A lo largo del mismo se analiza, de forma detallada, la nueva regulación prevista para sustanciar tanto la reclamación de una concreta filiación como la impugnación de la establecida legalmente. De ese análisis del nuevo proceso y, especialmente, de su comparación o contraposición con la regulación anterior, se infiere el acierto que ha supuesto, a juicio del autor, la unificación de todos los aspectos procesales relativos a la filiación en una Ley de esa naturaleza (con la consiguiente derogación de los preceptos de carácter adjetivo que se recogían en el Código Civil), así como de la consagración legislativa de ciertas soluciones doctrinales y jurisprudenciales adoptadas por vía interpretativa bajo el imperio de la Ley anterior (como es el caso de la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, la legitimación pasiva de la madre o el valor otorgado a la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas), sin olvidar la previsión expresa de soluciones a ciertas lagunas legales (*v.gr.*, la previsión de un procedimiento específico para la adopción de medidas cautelares).

El Capítulo II, bajo el título “Los procesos sobre determinados aspectos de la protección de menores”, hace referencia a la sustanciación de tres asuntos que, a diferencia de lo que ocurría en la derogada Ley procesal civil, son objeto de regulación específica en la LEC 1/2000. Se trata de la determinación del cauce procesal adecuado para resolver las cuestiones relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o a la reclamación de alimentos por uno de los progenitores al otro en nombre del hijo menor, cuando se trate de hijos fruto de uniones no matrimoniales o de hecho; del procedimiento para encauzar la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción.

Finalmente, el Capítulo III se consagra al estudio del procedimiento previsto en la nueva LEC para liquidar el régimen económico matrimonial previamente disuelto por alguna de las causas previstas en la legislación sustantiva. El análisis de este procedimiento está precedido de la valoración que sobre el mismo vierte el autor, valoración que resulta heterogénea, por cuanto, aun cuando destaca la bondad que supone la introducción por la nueva ley rituarial civil de un cauce procesal específico para ventilar este tipo de pretensiones, no renuncia a poner de manifiesto las imperfecciones técnicas en las que incurre el legislador a la hora de regularlo, así como las perversas, por dilatorias, consecuencias que dicha regulación puede suponer para los cónyuges. A continuación y bajo estas premisas, el autor procede a estudiar en detalle el procedimiento en cuestión, tratando de aclarar las dudas que pudieran surgir y ofreciendo soluciones alternativas a las proporcionadas por el legislador cuando lo considera conveniente para evitar consecuencias indeseables para las partes.

En definitiva, nos encontramos ante una obra que no se limita a exponer de manera más o menos sistemática la nueva regulación dada a los procesos espe-

ciales que constituyen su objeto, sino que, por el contrario, teniendo en cuenta la práctica jurisprudencial anterior, las opiniones sentadas por los primeros comentaristas de la LEC 1/2000 y apelando a la formación civilista de su autor, que tan adecuada resulta para las materias tratadas —en las que son abundantes las remisiones a la legislación sustantiva contenida, básicamente, en el Código Civil—, aclara dudas y aporta soluciones a los puntos problemáticos, superando, sin duda, el mero carácter expositivo que su autor, modestamente, le atribuye en la Presentación.

ACUERDOS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Acuerdo de 19 de diciembre de 2002. Juzgados de Primera Instancia. Atribuye, en virtud de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial, con carácter exclusivo, al Juzgado de Primera Instancia número 6 de San Sebastián, el conocimiento de los procesos sobre capacidad de las personas, con inclusión de las tutelas derivadas de los mismos, así como los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, manteniendo el conocimiento de los restantes asuntos civiles conjuntamente con los Juzgados no especializados de la misma ciudad.

Acuerdo de 19 de diciembre de 2002. Juzgados de Primera Instancia. Atribuye, en virtud de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial, con carácter exclusivo, al Juzgado de Primera Instancia número 6 de Las Palmas de Gran Canaria, el conocimiento de los asuntos propios de los Juzgados de Familia, Títulos IV y VII del Libro I del Código Civil, y de todas aquellas cuestiones atribuidas por las leyes a los Juzgados denominados de Familia, así como los procedimientos relativos a la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial, entrando a reparto con los Juzgados de igual clase números 3 y 5 de la misma ciudad ya especializados en la misma materia, manteniendo el conocimiento de los restantes asuntos civiles conjuntamente con los Juzgados no especializados de la misma ciudad, con exclusión de internamientos urgentes por trastorno psíquico, embargos preventivos de buques y protestas de averías.

Acuerdo de 19 de diciembre de 2002. Juzgados de Primera Instancia. Atribuye, en virtud de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial, con carácter exclusivo, al Juzgado de Primera Instancia número 13 de Zaragoza, el conocimiento de las materias comprendidas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil, incluidos los interna-

mientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, declaraciones de herederos, exhortos que no sean cumplimentados en Decanato, alimentos cuyo conocimiento no corresponda a los Juzgados de Familia, expedientes de dominio y demandas de reclamación o impugnación de filiación.

Acuerdo de 19 de diciembre de 2002. Juzgados de Primera Instancia. Atribuye, en virtud de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial, con carácter exclusivo, al Juzgado de Primera Instancia número 5 de Tarragona, el conocimiento de los asuntos propios de los Juzgados de Familia, Títulos IV y VII del Libro I del Código Civil y de todas aquellas cuestiones atribuidas por las leyes a los Juzgados denominados de Familia, incluidos los procedimientos relativos a la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial, así como el conocimiento de los asuntos de incapacidades, comprendidos los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, prodigalidades y jurisdicción voluntaria sobre menores

Acuerdo de 19 de diciembre de 2002. Juzgados de Primera Instancia. Atribuye, en virtud de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial, con carácter exclusivo, al Juzgado de Primera Instancia número 4 de Badajoz, el conocimiento de los asuntos propios de los Juzgados de Familia, Título IV y VII del Libro I del Código Civil, y de todas aquellas cuestiones atribuidas por las Leyes a los Juzgados denominados de Familia, así como los procedimientos relativos a la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial, y de los procedimientos derivados de los títulos V (paternidad y filiación), VI (alimentos entre parientes), VII (ausencia), IX (incapacitación) y X (tutela, curatela y guarda de menores o incapacitados) del Libro I del Código Civil vigente, con exclusión de los internamientos involuntarios que serán objeto de reparto entre los demás Juzgados de Primera Instancia.

Acuerdo de 23 de diciembre de 2002. Juzgados de Primera Instancia. Adopta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial de 22-4-1986, por razones de urgencia, dando cuenta al Pleno del Consejo en su próxima reunión, para su ratificación, si procede, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento 5/1995, de 7-6-1995, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, de atribuir en virtud de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial, con carácter exclusivo, a los Juzgados de Primera Instancia números 5, 6 y 16 de Málaga, ya especializados en el conocimiento de los procesos de familia, el conocimiento de los asuntos relativos a filiación, paternidad y maternidad y reclamación de alimentos entre parientes, que se repartirán entre los mismos.

**CRITERIOS ORIENTADORES PARA LAS ACTUACIONES
EN PROCESOS DE FAMILIA. ADOPTADOS ENTRE
MAGISTRADOS DE LA SECCIÓN VI DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE MÁLAGA, JUECES Y SECRETARIOS
DE FAMILIA Y LA DELEGACIÓN EN MÁLAGA
DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS
DE FAMILIA (A.E.A.F.)**

INTRODUCCIÓN

Transcurrido más de un año desde la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se hacía necesario revisar y adecuar los criterios orientadores para las actuaciones en procesos ante los Juzgados de Familia de Málaga adoptados en marzo del año 2000.

Los presentes criterios se han confeccionado, al igual que los anteriores, ante la necesidad de dar una cierta unidad a los procesos de familia ante las distintas interpretaciones que surgen tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hemos de indicar que estos acuerdos ni son *numerus clausus* ni suponen que el criterio adoptado sea el acertado u oponible ante cualquier tribunal, son solo las conclusiones que se han llegado tras diversas reuniones entre profesionales del derecho, con el ánimo de dar una lectura coherente a la nueva legislación procesal de familia.

Quisiéramos hacer constar igualmente desde la Delegación en Málaga de la AEAF nuestro agradecimiento al acceso, disponibilidad e inestimable colaboración de la Magistratura malagueña, tanto de los Juzgados de Familia, con los que el contacto es más directo, Fiscalía y de las distintas secciones de la Audiencia, que tanto ahora como en otras ocasiones han mostrado el más absoluto y cordial apoyo, sin el cual no hubieran alcanzado la luz estos criterios orientadores.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LAS COMPARECENCIAS Y VISTAS

Normativa: Arts. 138 y 754 de la LEC.

Como norma general los juzgados de familia celebran las vistas en audiencia pública, salvo que las partes soliciten que sean a puerta cerrada.

AUDIENCIA DE LOS HIJOS MENORES

Normativa: Arts. 770 y 777 de la LEC.

1. Como norma general se acuerda la audiencia de los hijos mayores de 12 años y menores de esta edad si tuvieran suficiente juicio, cuando se discuta sobre la guarda y custodia de los mismos, o si el convenio tiene peculiaridades sobre el régimen de guarda y visitas; en los demás casos no se estima necesaria, al considerarse que en esos supuestos no existe conflicto que les afecte.

2. La audiencia de los menores se hace de forma reservada sin audiencia de las partes y de sus letrados.

MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS

Normativa: Art. 771 de la LEC.

1. Para la adopción de medidas urgentes del artículo 771.2.2.º de la LEC es preciso que se acrediten las razones de urgencia.

2. Es recomendable que en el auto de admisión se indique a las partes:

a) Si desean hacer uso de abogado y procurador de oficio deberán comunicarlo al tribunal antes del día señalado para la comparecencia a fin de evitar dilaciones.

b) Quedan requeridos para aportar en el acto de la comparecencia certificación de vida laboral obtenida en el Instituto Nacional de la Seguridad Social o INEM, así como certificaciones de ingresos, sueldos o salarios, expedidas por la empresa o entidad empleadora correspondiente al año natural anterior y a los meses del corriente, especificando ingresos brutos, retenciones, deducciones y líquido percibido por todos los conceptos, además de las declaraciones de los dos últimos años del IRPF. No se admitirá prueba posterior a la comparecencia sobre tales extremos, al considerarse que dicha prueba pudo practicarse en el acto de la comparecencia y no le es de aplicación el párrafo penúltimo del apartado núm. 3 del artículo 771.

3. La comparecencia se desarrolla con la presencia de las partes y sus abogados. Si alguno de los cónyuges no compareciere sin justa causa, le depararán los perjuicios en el artículo 771.3 de la LEC.

Al tratarse de un acto oral los letrados procurarán exponer brevemente sus alegaciones pudiendo valerse de sus notas o esquemas.

La parte demandada podrá efectuar alegaciones a las medidas solicitadas, ciñéndose a contestar aquellas con las que no esté conforme, incluso solicitando

se adopten medidas distintas a las interesadas por el actor. Igualmente podrá presentar para facilitar el trabajo del tribunal esquema escrito de los gastos o necesidades, bienes o ingresos que aleguen para la fijación de pensiones, facilitando copia a las partes.

4. Respecto de la prueba se practicará la que sea útil y pertinente. Si bien nada dice la LEC sobre la necesidad de aportar documentos en la solicitud, es recomendable su aportación inicial. Toda la prueba deberá versar exclusivamente sobre las medidas a adoptar, no siendo objeto de este proceso la causa de separación.

Respecto de la prueba testifical y sin perjuicio de que se reitere en los autos principales, como norma general no se entenderá necesaria, siempre atendiendo a las circunstancias de cada caso y salvo que no se pueda acreditar los hechos controvertidos por otro medio de prueba.

Las pruebas deberán ir encaminadas en el plano económico a probar al juez los ingresos y necesidades de la familia.

Si alguna prueba admitida no pudiera practicarse en el acto de la comparecencia se practicará la misma en el plazo de diez días, en unidad de acto y con señalamiento de nueva vista o comparecencia, previo traslado a la otra parte si la prueba es documental.

Podrán aportarse hechos nuevos y nuevas pruebas dentro del plazo de 10 días de práctica de prueba, siempre que se den los requisitos del artículo 426 y 752 de la LEC.

5. Siguiendo las normas generales de las vistas las partes al final podrán conforme al artículo 185 de la LEC, rectificar hechos o conceptos, y en su caso formular concisamente las alegaciones sobre el resultado de las pruebas practicadas.

6. Los alimentos se harán efectivos desde su solicitud, salvo que se acredite que los cónyuges viven juntos, no ha lugar a ello y se han levantado las cargas familiares durante la convivencia.

CONFIRMACIÓN O MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS Y MEDIDAS PROVISIONALES COETÁNEAS

Normativa: Arts. 772 y 773 de la LEC.

1. La petición de medidas provisionales, de no haberse solicitado con anterioridad, debe hacerse en la demanda o en la contestación, sin que proceda solicitarse en momento posterior, salvo que se acredite la concurrencia de hechos posteriores a la demanda o contestación que lo justifique.

2. Exponer al Juzgador los intentos de acuerdos, así como los puntos donde existe o no discrepancia. Concreción de los términos del debate judicial.

3. Respecto del desarrollo de la comparecencia, tanto en materia de presencia de los cónyuges, prueba y conclusiones nos remitimos a lo indicado en las medidas previas.

4. El archivo provisional del proceso por estar las partes en vía de acuerdo y no solicitar la continuación (art. 179 de la LEC) no suspende la vigencia de las medidas hasta tanto no se dicte el auto de caducidad de la instancia.

MEDIDAS DEFINITIVAS

Normativa: Art. 774 de la LEC.

1. Las medidas definitivas deberán recogerse detalladamente en la sentencia (arts. 209 y 216 de la LEC). No es posible la remisión de las medidas a la fase de ejecución.

2. La eficacia de las medidas definitivas adoptadas en sentencia será inmediata a pesar de los recursos, siempre que sean las medidas de carácter no dispositivo recogidas en el artículo 91 del Código Civil.

3. Si sólo se recurren los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre nulidad, separación o divorcio.

4. De conformidad con el artículo 525 de la LEC es factible la solicitud de ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter dispositivo de la sentencia (pensión compensatoria, indemnización por nulidad).

Deberá tenerse en cuenta todo lo expuesto en materia de ejecución, que más adelante se analiza.

LA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS

Normativa: Art. 775 de la LEC.

a) Conforme a lo dispuesto en el artículo 775, el trámite a seguir es el contemplado en el artículo 771.

b) La modificación provisional de Medidas Definitivas se acordará sólo cuando la modificación de medidas se solicite conjuntamente con el procedimiento principal de divorcio o nulidad.

c) No se admitirá la reconvención, salvo lo dispuesto en el artículo 752 sobre hechos nuevos o sobre medidas en las que el pronunciamiento sea de oficio.

d) Contra la resolución que se dicte cabrá Recurso de Apelación.

e) Los efectos de las Medidas Modificadas en procesos autónomos serán los mismos que los previstos para las Medidas Definitivas del artículo 774.5.⁹

FIJACIÓN DE RÉGIMEN DE VISITAS A ABUELOS Y OTROS PARIENTES

Se seguirá el trámite previsto en el artículo 770, el Juicio Verbal Especial, con posibilidad de solicitar medidas cautelares: previas o coetáneas.

LAS UNIONES DE HECHO

Normativa: 770.6.^º de la LEC.

Procedimiento, se tramitará conforme a lo dispuesto en el núm. 6 del artículo 770:

- a) Medidas Previas y Provisionales: artículo 771.
- b) Medidas Definitivas contenciosas: el Procedimiento Especial Verbal del artículo 770.
- c) Medidas Definitivas consensuales: artículo 777.

Medidas a acordar:

- a) Guarda y custodia.
- b) Régimen de visitas.
- c) Atribución del uso de la vivienda familiar.
- d) Alimentos para los hijos menores de edad.
- e) Si hay hijos menores y mayores de edad, también se fijarán alimentos a favor de ambos en un único proceso.

EL PROCEDIMIENTO DE MUTUO ACUERDO

Normativa: Art. 777 de la LEC.

Tanto el proceso como sus peculiaridades se mantienen tal y como se acordaron en los anteriores criterios adaptados.

1. El convenio debe intentar amparar todas las situaciones posibles de la nueva situación en la que se incardinan los progenitores. Así deberá de concretarse un régimen de visitas mínimo, especificando los pormenores (períodos vacacionales, su distribución, días y horas de recogidas y entregas, etc.). Caso de establecerse un régimen abierto atendiendo a la edad del menor o a las buenas relaciones con el progenitor no custodio, deberá, no obstante, establecerse con carácter subsidiario y para el caso de discrepancias un régimen de visitas detallado.

2. Los gastos extraordinarios deberán determinarse expresamente en el convenio.

3. Los gastos escolares fijados al margen de los alimentos deberán ser igualmente especificados: matrículas, comedor, material, transporte escolar, actividades extraescolares, etc.

4. La ratificación por poder del convenio regulador sigue siendo excepcional. En el caso de admitirse, se deberá realizar con un poder especial, con transcripción íntegra del convenio razonando la excepcionalidad y su motivación. Si la parte que apodere vive en el extranjero de forma habitual, no habrá problemas para su admisión.

5. Los conceptos económicos fijados en el convenio regulador deberán estar diferenciados: Pensión alimenticia para los hijos, para el cónyuge en su caso, pensión compensatoria, indemnización y contribución a las cargas familiares.

6. Dado que puede transcurrir un tiempo entre la firma del convenio y su ratificación, es aconsejable concretar que los alimentos se deberán hacer efectivos desde la firma del convenio.

NOTA DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS JUZGADOS DE MADRID

La entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el incremento de la oralidad en los procesos y la práctica desaparición de la corruptela de la ausencia física del Juez en la práctica de las pruebas, son factores que, unidos al considerable incremento de la litigiosidad en nuestra sociedad, han provocado una situación insostenible en los Juzgados Civiles de la Comunidad de Madrid.

Si este absoluto atasco es grave en todos los asuntos, en los familiares resulta trágico. Pretender enarbolar la bandera de la defensa de la familia y de la lucha contra la violencia en su seno y permitir que desde la demanda de unas medidas provisionales urgentes, encaminadas a separar físicamente a unos cónyuges malavenidos, hasta la celebración del juicio previo, necesario para su adopción, transcurran en algunos casos hasta siete larguísimos meses, es una flagrante contradicción. Contemplar como una petición para el inicio del larguísimo trámite judicial de liquidación de la sociedad de gananciales hecha ahora obtiene la respuesta de que el primer acto —formación de inventario— se celebrará en el año 2004, es obtener la certeza de una negativa absoluta a la tutela judicial que la Constitución impone y el Estado rechaza.

En Madrid capital hay ocho Juzgados de Familia, los mismos que en Barcelona, cuya población es sensiblemente inferior y que además carece de la litigiosidad derivada del régimen económico de la sociedad de gananciales por la generalización en Cataluña de la separación de bienes. Hay que tener en cuenta

que el aumento de demandas en 2001 sobre las de 2000 fue del 28,35 por ciento y que al 25 de noviembre de este año, ya casi se ha alcanzado la cifra total del año anterior, lo que hace prever un nuevo incremento del 10 por ciento sobre las cifras del período precedente.

Los pasillos de las plantas del edificio judicial de la calle Capitán Haya donde hay Juzgados de Familia —6.^a y 7.^a— se caracterizan por el hacinamiento de personas-litigantes, abogados y procuradores, testigos, peritos y con gran frecuencia niños —muchos niños— que esperan durante horas a que les llegue el turno para que se celebre su juicio. Los jueces en su afán de intentar luchar contra lo imposible, citan a vistas y juicios cada cuarto de hora, como si esta determinación del tiempo pudiera por sí misma abreviar los actos.

Guiados de este propósito de actuar con la mayor rapidez, los jueces, tensos y nerviosos, niegan pruebas —prácticamente ha desaparecido la de testigos en una materia en que los hechos son constatables solo por ellos—, y apremian en las alegaciones de los tensos y nerviosos abogados y en las declaraciones de tensos y nerviosos litigantes.

La celebración de diez o doce juicios en una mañana —a veces hasta mediada la tarde— hace imposible la pretensión del mantenimiento de una alerta en el juzgador, imprescindible para enjuiciar los hechos.

Y si estos ocurren en la capital, qué no pasará en el extrarradio. Allí ni siquiera hay Juzgadores de Familia, sino que son Jueces con competencia en todo lo civil y todo lo penal, quienes han de sentenciar.

Si en todos los procesos el tiempo es un factor esencial hasta el punto de que una Justicia lenta no es Justicia, en materia familiar la tardanza cobra carácter casi criminal. Hemos mencionado la violencia. ¿Se contribuye a evitarla, finalidad muy superior a castigarla, manteniendo a dos cónyuges, encerrados en unos metros cuadrados escasos, cuando han empezado la lucha por los hijos, el hogar y el dinero? ¿Cómo suena que se pida el alejamiento y se mantenga por meses la obligada convivencia?

Y qué decir de los hijos. Una sociedad hipócrita clama por la defensa de los menores y se rasga las vestiduras ante las agresiones que sufren los niños en otros países lejanos. Y sin embargo les permite continuar respirando la atmósfera de un hogar roto, con la presencia beligerante de sus progenitores, y ello por meses y meses. Los niños que durante este período se ven acechados por los padres que vierten sobre ellos el veneno de la ruptura; que ven las imágenes de quienes deben ser sus modelos, retorcidas y maltratadas por el otro; que son objeto de comercio, pretexto de reivindicaciones y premio de la lucha, prolongan su sufrimiento de forma innecesaria, debido a esta lentitud en la adopción de medidas.

La Comunidad de Madrid a la que se transfiere la Instancia tiene el reto y la misión fundamental de dotar a las familias en crisis de un número superior de Juzgados que ponga fin a esta situación lamentable.

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											

**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 CONSTITUCIONAL

- Admisibilidad del comiso de un vehículo propiedad de la sociedad de gananciales aun cuando solamente fuese condenado el esposo por un delito contra la salud pública, todo ello sin perjuicio, claro está, de que la esposa solicite limitar la ejecución a la cuota de su cónyuge, evitando así cualquier efecto reflejo de la condena penal sobre su propio patrimonio. (*T.C., Sala 2.ª, S. 151/2002 de 15 de julio*).
- Nulidad del procedimiento de incapacitación por haberse prescindido de la audiencia del padre del incapaz. (*T.C., Sala 2.ª, S. 174/2002 de 9 de octubre de 2002*).

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

- Procedencia de la acumulación de la acción de reclamación de paternidad y la de petición de alimentos, y rechazo de la tesis mantenida por el demandado de que no puede solicitarse la prestación alimenticia con anterioridad a la firmeza de una sentencia que establezca la paternidad del demandado. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 11 de diciembre de 2001*).
- Declaración de la paternidad con base en la negativa a la práctica de la prueba y a la prueba testifical que permite afirmar la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes en tiempo hábil para la concepción, no existiendo prueba alguna aportada por el demandado en sentido contrario. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 27 de diciembre de 2001*).
- Para la admisión a trámite de la demanda basta con que en la misma conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 28 de diciembre de 2001*).

- Falta de legitimación del padre matrimonial para reclamar la filiación paterna respecto de un tercero, al existir intereses contrapuestos entre el hijo y el padre. Respecto a la acción de impugnación también ejercitada por el padre, procede su desestimación al estar caducada por el transcurso de un año desde que tuvo lugar el nacimiento del menor. (T.S., Sala 1.^a, S. de 31 de diciembre de 2001).
- Sobreseimiento del procedimiento de reclamación de paternidad al no aportarse con la demanda un principio de prueba, ya que ni se aportan datos precisos, correspondencia, fotografías, ni se ofertan determinadas pruebas que acrediten la razonabilidad de la pretensión, y por otro lado, la constante remisión al resultado de las pruebas biológicas no supone el cumplimiento de la exigencia de lo ordenado en el art. 127.2 del tantas veces citado Código Civil, pues ella es genérica y utilizable para cualquier persona, pero no acredita la exigencia de este principio de prueba que es la relación con la madre del menor en el tiempo de su concepción y dentro de las coordenadas de tiempo y espacio. (T.S., Sala 1.^a, S. de 1 de febrero de 2002).
- Necesidad de que el marido de la madre sea parte demandada en el procedimiento que aquella interpuso contra un tercero reclamando la filiación extramatrimonial. (T.S., Sala 1.^a, S. de 7 de febrero de 2002).

II. PATRIA POTESTAD

- Confirmación de la declaración de desamparo cuando queda acreditado que la madre no cumplió con las obligaciones que constituyen el contenido de la patria potestad dejando a los hijos en una situación de desatención durante unos días. (T.S., Sala 1.^a, S. de 31 de diciembre de 2001).
- Admisibilidad de que el régimen de visitas fijado en la sentencia pueda ser alterado en fase de ejecución, y concretamente ampliado en lo que a pernocta se refiere, a la vista de la evolución de la relación entre ambos y el deseo que al respecto pueda ir expresando el hijo. (T.S., Sala 1.^a, S. de 11 de febrero de 2002).

III. RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

1. Responsabilidad de los bienes gananciales.
 - Teniendo en cuenta que la deuda es relativa a liquidaciones de despachos de importación realizadas con anterioridad a la fecha de las capitulaciones matrimoniales, y habiendo por tanto surgido la deuda antes de modificar el régimen matrimonial, no puede considerarse a la esposa tercerista legitimada para ejercer una tercería de dominio. (T.S., Sala 1.^a, S. de 13 de noviembre de 2001).

2. Liquidación de la sociedad de gananciales.

- Carácter ganancial de la indemnización percibida por el esposo, por desistir del contrato de arrendamiento en el que se subrogó constante la sociedad de gananciales, siendo indiferente que los derechos a la subrogación del contrato fuesen exclusivamente a favor del esposo que traía causa de su padre. (T.S., Sala 1.^a, S. de 11 de diciembre de 2001).

IV. PROCESAL

- Siendo desconocido el último domicilio del matrimonio, será competente para conocer de la demanda de separación el juzgado correspondiente al domicilio del demandado. (T.S., Sala 1.^a, Auto de 10 de noviembre de 2001).

V. UNIONES DE HECHO

- Reconocimiento de indemnización a la conviviente de hecho cuando el otro, de profesión soldado, falleció en accidente cuando se lanzaba en paracaídas. (T.S., Sala 3.^a, Sec. 6.^a, S. de 5 de noviembre de 2001).

VI. RESPONSABILIDAD CIVIL

- Exoneración de responsabilidad civil de los padres y del centro escolar por las lesiones causadas a una menor por una compañera de colegio ya que las mismas se debieron a un fatal accidente, pues los juegos de las menores estaban vigilados por una profesora y el juego que realizaban era totalmente inocuo. (T.S., Sala 1.^a, S. de 28 de diciembre de 2001).

VII. SUCESIONES

- No procede considerar como bien ganancial a un inmueble respecto al cual los herederos de la esposa renunciaron expresamente, siendo indiferente que se hubiese otorgado escritura pública de partición de herencia y que dicha renuncia se formalizase en documento privado, ya que esta circunstancia no altera en absoluto la unidad negocial y la validez y licitud de los pactos celebrados, tanto más, si se ve que el documento privado se formalizó inmediatamente después del público. (T.S., Sala 1.^a, S. de 21 de diciembre de 2001).

- Validez de la donación de inmueble encubierta en un contrato de compraventa formalizado en escritura pública, ya que la misma respondió a la gratitud por los cuidados físicos, atenciones y cariño recibidos por la donante, valores que en la sociedad moderna tienen un alto grado de estima y consideración, y a través de la liberalidad se persiguió recompensar los servicios y beneficios recibidos y encargados. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 1 de febrero de 2002*).

VIII. PENAL

- Condena por un delito de apropiación indebida a la conviviente de hecho que, constante dicha convivencia, adquirió un cupón de la ONCE que resultó premiado, negándole toda participación en el dinero obtenido al otro conviviente. (*T.S., Sala 2.ª, S. de 29 de octubre de 2002*).
- Existencia de un delito de alzamiento de bienes dada la ausencia de motivación racional para traspasar los bienes inmuebles a los hijos cuando los padres tienen un pasivo del que deben jurídicamente responder, consiguiendo con esta operación sustraer los bienes inmuebles a la responsabilidad frente a terceros, lo que pone suficientemente de manifiesto la concurrencia del ánimo de actuar “en perjuicio de los acreedores”. (*T.S., Sala 2.ª, S. de 27 de noviembre de 2001*).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

- Concurrencia de la causa de divorcio prevista en el art. 86.3 del CC ya que cuando se inició la separación de hecho el esposo estaba incurso en causa de separación pues queda acreditado que desatendió sus obligaciones tanto respecto a la esposa como a los hijos. (*AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 3 de mayo de 2002*).
- No se estima necesario hacer un pronunciamiento imputando la culpa de la separación cuando de las actuaciones se desprende una radical desaparición del afecto entre los esposos. (*AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 16 mayo de 2002*).
- Aunque en un principio pudiera darse el desafecto sólo en la esposa, lo cierto es que éste se ha extendido a la pareja, tal y como se desprende del escrito de contestación a la demanda del esposo, imposibilitando un proyecto armónico de convivencia conyugal, y por ello debe decretarse la separación. (*AP LAS PALMAS, Sec. 4.ª, S. de 24 de mayo de 2002*).

II. PATRIA POTESTAD

- La relación entre los progenitores es difícil, habiendo dado lugar a diversos episodios que no podríamos calificar de edificantes, provocando incluso alguno de ellos incoación de diligencias penales; mas de la evidente tensión que existe entre quienes fueran cónyuges, aunque resulten víctimas los hijos, no cabe inferir que uno y otro progenitor sean inadecuados para ejercer la patria potestad. (*AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 3 de mayo de 2002*).
- No procede privar al padre de la patria potestad dada la existencia de circunstancias ajenas a la propia voluntad del mismo que le han impedido una normal y fluida relación con su hija menor. (*AP TENERIFE, Sec. 1.ª, S. de 13 de mayo de 2002*).

III. GUARDA Y CUSTODIA

- Mantenimiento de la atribución de la guarda y custodia de la hija a la madre, aun cuando entre ambas hayan existido ciertas controversias respecto a la relación sentimental que la madre inició con un tercero y que actualmente ya no existe, habiéndose constatado igualmente en el informe psicosocial que el interés de la hija no puede confundirse con el deseo temporal o capricho de convivir con su padre. (*AP TOLEDO, Sec. 1.ª, S. de 3 de mayo de 2002*).
- Atribución de la guarda y custodia a la hermana de la menor, siendo procedente para tal decisión acudir al art. 158 del CC. (*AP LUGO, Auto de 6 de mayo de 2002*).
- Aun cuando los menores permanecen en ocasiones con los abuelos maternos, no se considera adecuado atribuir la guarda y custodia al padre. (*AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, S. de 6 de mayo de 2002*).
- Respeto a la voluntad de la menor adolescente para decidir el progenitor con el que quiere convivir, por más que la madre alega que prefiere convivir con el padre porque él le da más libertad. (*AP CIUDAD REAL, Sec. 1.ª, S. de 9 de mayo de 2002*).
- Atribución de la guarda y custodia de la menor a su tía materna, quien desde un principio asumió la responsabilidad de la menor ante la dejación de los progenitores. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 14 de mayo de 2002*).

IV. RÉGIMEN DE VISITAS

- No fijación de régimen de visitas cuando el padre padece determinados trastornos psíquicos consistentes en trastornos de la personalidad de tipo antisocial unidos a su consumo reiterado de tóxicos que le llevaron a estar sometido a tratamiento psiquiátrico. (*AP CÁDIZ, Sec. 3.ª, S. de 6 de mayo de 2002*).

- Teniendo en cuenta que el padre se encuentra en situación de paro, se acuerda que sean los hijos los que se desplacen a la ciudad donde reside corriendo a cargo del progenitor custodio los gastos de desplazamiento. (*AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 6 de mayo de 2002*).
- El hecho de que la menor se encuentre próxima a alcanzar la mayoría de edad aconseja no imponer a la hija común un régimen de vistas y comunicaciones que podría resultar contraproducente desde la perspectiva de la mejora de las relaciones paternofiliales. (*AP SORIA, S. de 6 de mayo de 2002*).
- Aun cuando el hijo haya expresado en la exploración judicial su deseo de no ver al padre, procede aprobar el régimen de visitas pactado por los padres en el convenio regulador. (*AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, S. de 6 de mayo de 2002*).

V. VIVIENDA FAMILIAR

- Inexistencia de comodato en la cesión que la esposa, tras la separación, hizo a favor del esposo de una vivienda propiedad de aquella, debido a las penosas circunstancias por las que atravesaba el esposo. (*AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, S. de 7 de mayo de 2002*).
- La ocupación que la esposa e hijos realizan de la vivienda propiedad de la madre del esposo se califica como precario, y por tanto procede estimar la demanda de desahucio instada por la propietaria de la vivienda. (*AP BALEARES, Sec. 3.ª, S. de 9 de mayo de 2002*).
- Admisibilidad de que en el procedimiento matrimonial pueda atribuirse el uso de segunda vivienda a los cónyuges. (*AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 27 mayo de 2002*).
- Concesión alternativa del uso de la vivienda cuando el matrimonio ha sido de escasa duración y no existen hijos. (*AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 9 de mayo de 2002*).

VI. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

- El bajo rendimiento académico durante el período de escolarización obligatoria no es equiparable al supuesto de hecho del art. 152.3 y 5 CC ni determina automáticamente la extinción de la pensión alimenticia, incluso aunque se hubiese alcanzado la mayoría de edad por el alimentista. (*AP SORIA, S. de 6 de mayo de 2002*).
- Reclamados por el colegio donde el hijo cursa sus estudios los honorarios de enseñanza, ambos padres deben responder frente a dicha reclamación con independencia de lo resuelto en el procedimiento matrimonial. (*AP BALEARES, Sec. 4.ª, S. de 14 de mayo de 2002*).

- No tienen la consideración de gastos extraordinarios los generados por la matrícula y la enseñanza en academia. (AP MADRID, Sec. 24.^a, Auto de 30 de mayo de 2002).
- No puede afirmarse de forma genérica y taxativa que las necesidades económicas de los hijos se incrementan necesariamente por el solo hecho de su crecimiento. (AP CUENCA, S. de 15 de mayo de 2002).
- Reducción de la pensión alimenticia del hijo por la reducción de ingresos del padre. (AP CÓRDOBA, Sec. 1.^a, S. de 27 de mayo de 2002).

VII. PENSIÓN COMPENSATORIA

- Concesión de una pensión compensatoria aunque la esposa obtenga algún tipo de ingresos, ya que la dedicación a la familia compuesta por cuatro hijos le ha impedido prepararse para acceder en condiciones favorables al mercado de trabajo. (AP TENERIFE, Sec. 1.^a, S. de 6 de mayo de 2002).
- Fijación de una pensión compensatoria a pesar de que la esposa ha comenzado a trabajar después de iniciarse el procedimiento de separación. (AP NAVARRA, Sec. 2.^a, S. de 7 de mayo de 2002).
- Fijación de un límite temporal de tres años a la pensión compensatoria que se fijó en el procedimiento de separación, ya que durante todo este tiempo transcurrido la esposa no ha dado muestras de querer promocionarse laboralmente instando demandas de empleo, desarrollando cursos de capacitación o ampliando sus conocimientos académicos. (AP LAS PALMAS, Sec. 5.^a, S. de 7 de mayo de 2002).
- Puede fijarse pensión compensatoria aun cuando la parte haya solicitado alimentos, máxime cuando el Código Civil no habla expresamente de “pensión compensatoria”, sino de pensión únicamente; la parte fundamenta tal petición en las causas enumeradas en el artículo 97 del Código Civil, por lo que implícitamente basa su solicitud en dicho precepto, e, incluso, aunque no lo hiciera, podría el Tribunal hacerlo en base al principio *da mihi factum, dabo tibi ius*. (AP VALENCIA, Sec. 10.^a, S. de 27 de mayo de 2002).
- La circunstancia de que la esposa haya finalizado los estudios que había iniciado no es causa de extinción de la pensión compensatoria. (AP CÁDIZ, Sec. 5.^a, S. de 9 de mayo de 2002).
- No extinción de la pensión compensatoria aunque la esposa haya incrementado su patrimonio por vía de sucesión hereditaria. (AP GRANADA, Sec. 4.^a, S. de 10 de mayo de 2002).

VIII. CUESTIONES PROCESALES

- Condena en costas al demandado al haberse estimado íntegramente la demanda de divorcio en la que se solicitaba la modificación de medidas. (AP MURCIA, Sec. 1.^a, S. de 6 de mayo de 2002).

- Procedencia de la condena en costas en los procedimientos de modificación de medidas. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 28 de mayo de 2002*).
- El cauce procesal adecuado para tramitar la modificación de medidas es el establecido en el art. 775 de la LEC que a su vez remite al 771 del mismo cuerpo legal, si bien dicha remisión al cauce procedimental, y por tanto el procedimiento, finalizará mediante sentencia y se admitirá la posibilidad de interponer recurso de apelación. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 28 de mayo de 2002*).
- El reconocimiento del beneficio de justicia gratuita no es óbice para practicar la tasación de costas. (*AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 29 de mayo de 2002*).
- No es necesario demandar a los hijos mayores de edad en el procedimiento de modificación de medidas en el que se pretende la extinción de la pensión alimenticia de aquellos. (*AP ALMERÍA, Sec. 2.ª, S. de 10 de mayo de 2002*).

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

- Imposibilidad de reclamar las pensiones alimenticias correspondientes a los periodos en los que se ha producido una pacífica y continuada convivencia, que se ha llevado a cabo según las reglas ordinarias que rigen la vida en común de un grupo familiar, debiendo entenderse que el esposo ha contribuido de modo directo a todas las prestaciones que la familia necesitaba. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 14 de mayo de 2002*).
- Ineficacia de las cantidades entregadas por el padre directamente a los hijos para oponerse a la demanda ejecutiva por impago de pensiones. (*AP BURGOS, Sec. 3.ª, Auto de 16 de mayo de 2002*).
- La falta de rigor formal en la concreción temporal de lo adeudado en concepto de pensiones alimenticias y actualización motiva la desestimación de la demanda de ejecución, sin perjuicio de que, una vez supla este defecto, pueda reconocerse a su favor la deuda que proceda. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 21 de mayo de 2002*).
- Si el ejecutado dejó transcurrir el plazo concedido sin oponerse, la oposición que presenta después no puede ser atendida por extemporánea. (*AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 29 de mayo de 2002*).
- Desestimación de la demanda de ejecución planteada por la esposa con base en un convenio extrajudicial en el que los cónyuges fijaron una pensión compensatoria cuando con posterioridad fue aprobado judicialmente otro convenio regulador. (*AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, Auto de 17 de mayo de 2002*).

X. RÉGIMENES ECONÓMICOS

- Posibilidad de ejercitar la acción de adición a la partición aun cuando los cónyuges hiciesen formal renuncia a cualquier acción o reclamación derivada de las operaciones efectuadas y en especial a la acción de rescisión por lesión establecida en el artículo 1074 del Código Civil. (*AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 6 de mayo de 2002*).
- Reconocimiento como deuda del esposo, y a los efectos del art. 1405 del CC, del importe de las pensiones alimenticias de los hijos que no abonó en su momento. (*AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 8 de mayo de 2002*).
- Si los cónyuges se separaron y firmaron un convenio regulador en el que no se reconocía derecho a pensión compensatoria, extinguiéndose el régimen económico con la sentencia de separación, no procede conceder la pensión establecida en el art. 1438 del CC. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 10 de mayo de 2002*).
- La indemnización que percibe un cónyuge por despido tiene carácter privativo al ser un bien inherente a la persona y no susceptible de transmisión *inter vivos*. (*AP LUGO, S. de 24 de mayo de 2002*).
- No puede admitirse la pretensión de la esposa en cuanto a que en el activo de la sociedad se incluya un crédito frente al esposo equivalente al valor del uso de la vivienda durante el periodo en el que estuvieron separados de hecho. (*AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 29 de mayo de 2002*).
- Inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de la cantidad entregada por la esposa a la hija antes de que se disolviera la sociedad. (*AP JAÉN, Sec. 3.ª, S. de 16 de mayo de 2002*).

XI. FILIACIÓN

- No hay vicio de voluntad y por tanto el reconocimiento efectuado por el demandado ante el Encargado del Registro Civil y consentido por la madre de la menor fue a sabiendas de que ésta no era hija biológica de aquél. (*AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 29 de mayo de 2002*).
- Estimación de la demanda de impugnación de paternidad matrimonial interpuesta por el esposo aun cuando había transcurrido el plazo de caducidad de un año desde la fecha de inscripción en el Registro Civil. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 7 de mayo de 2002*).

XII. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

- El momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incurso en la privación de la patria potestad es aquél en el que se decreta el desamparo y no cualquier otro posterior carente de trascendencia a los oportunos efectos debatidos al quedar el menor fuera del ámbito proteccionista del padre natural. (*AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, S. de 30 de mayo de 2002*).
- Desestimación de la oposición al acogimiento familiar realizada por los abuelos del menor, ya que en la vivienda de estos conviven otros miembros familiares drogadictos, con sida y actividades como mínimo marginales, y no puede ignorarse que los abuelos no han sido capaces de evitar los riesgos de la caída de sus propios hijos en la droga, la marginación y la delincuencia. (*AP A CORUÑA, Sec. 4.ª, S. de 16 de mayo de 2002*).
- Nulidad de lo actuado en el procedimiento de adopción, ya que cuando la madre biológica se opuso a la misma se encontraba declarada incapaz, por lo que será necesario nombrarle un defensor judicial. (*AP TOLEDO, Sec. 2.ª, Auto de 13 de mayo de 2002*).

XIII. UNIONES DE HECHO

- Fijación de una indemnización de 12.020 euros a la conviviente por el desequilibrio que le provoca la ruptura teniendo en cuenta que carece de cualificación profesional, la convivencia se desarrolló durante doce años, nacieron dos hijas todavía de corta edad, y que el conviviente tiene una situación patrimonial relativamente desahogada. (*AP ZARAGOZA, Sec. 5.ª, S. de 2 de mayo de 2002*).

XIV. TEMAS PENALES

- La alegación de que compró ropa a la menor y cosas que necesitaba, llevándola a su casa a comer con bastante frecuencia, no impide que pueda ser condenado por el delito de impago de pensiones. (*AP ASTURIAS, Sec. 8.ª, S. de 7 de mayo de 2002*).
- Condena por una falta de desobediencia ante el incumplimiento del régimen de visitas. (*AP TOLEDO, Sec. 2.ª, S. de 7 de mayo de 2002*).
- Condena por un delito de alzamiento de bienes cuando con ocasión de declararse que el acusado era el padre biológico de un menor, transfiere un inmueble de su propiedad a su esposa, transmisión que igualmente es declarada nula. (*AP CIUDAD REAL, Sec. 1.ª, S. de 13 de mayo de 2002*).
- Condena por una falta de amenazas e injurias, que quedaron acreditadas con la declaración de un familiar de la esposa que las escuchó en otro terminal del teléfono. (*AP JAÉN, Sec. 3.ª, S. de 29 de mayo de 2002*).