INTERNET

Cada vez que uno se asoma a Internet va siendo consciente de las múltiples posibilidades que permite la red para documentarnos en cualquier tema, operar con nuestra entidad bancaria, comunicarnos en segundos con una persona que puede estar a miles de kilómetros o simplemente realizar la compra del libro que nos interesa.

Aunque no se sabe si es una cuestión de presente o de futuro, parece que pronto los juzgados estarán conectados a Internet y que los exhortos se cumplimentarán rápidamente. También se están poniendo en práctica las notificaciones a procuradores por medio de la red. Es posible que pronto tengamos juzgados virtuales en los que la oficina judicial atenderá las peticiones de los justiciables por medio de e-mail (no se puede entender que en plena expansión de las comunicaciones aún existan personas que esperen su turno en una larga y desesperante cola para solicitar, por ejemplo, una partida de nacimiento). Sería magnífico que desde nuestro ordenador pudiésemos conocer cómo se encuentra la tramitación del procedimiento de separación o divorcio o realizar la petición de un testimonio de la sentencia, o abonar una cantidad que nos reclaman por medio de una transferencia a la cuenta judicial.

La red permite que un acontecimiento social, como la celebración de un matrimonio, pueda ser visionado por cualquier persona desde la pantalla de su ordenador. Hace unos días se daba cuenta en la prensa de una pareja británica que había transmitido su boda vía Internet. El Registro Civil de Brent, en el norte de Londres, decidió ponerse al día desde el punto de vista informático y ofrecer a las parejas que lo deseen la posibilidad de que parientes y amigos lejanos puedan contemplar el enlace como si estuvieran allí, “una hermana del contrayente, que estudia en la isla de Mauricio (en el océano Índico), y varios amigos de ella residentes en Estados Unidos pudieron beneficiarse de las nuevas tecnologías y quizá verter alguna lágrima en los momentos más emotivos de la celebración”.

Pero como todo lo que empieza acaba, la empresa británica Desktop Lawyer (www.desktoplawyer.freeserve.net) ha puesto en marcha los divorcios cibernéticos. Se trata de un servicio interactivo que permite divorciarse con sólo apretar unas cuantas veces el ratón. Señala la fuente informativa que "puede ser la solución idónea para las parejas que ni siquiera se dirigen la palabra. Por 80 libras se descarga el programa y no hay más que responder a algunas preguntas. Después la empresa se ocupa de hacer un borrador de la documentación, comprueba que el cliente está satisfecho con el resultado y lo envía a un equipo de abogados que, a su vez, lo remiten a los tribunales de familia. El sistema únicamente funciona para divorcios de mutuo acuerdo en los que no existe descendencia o todos los hijos son independientes económicamente".

Como la imaginación humana no tiene límites, el otro día nos sorprendía una página web (www.casamientovirtual.com) que permitía que uno se pudiese casar sin salir de casa. Dicen que se trata de "una nueva forma de contraer matrimonio, sin vínculos legales ni religiosos, ya que en nuestra nueva era, cada vez es más importante la libertad de elegir sólo por los sentimientos".Todo son facilidades, si ya tienes pareja, basta con que los "contrayentes cibernéticos" cumplimenten un formulario con sus datos, aunque eso sí, dentro de esos datos está también el número de cuenta corriente o de tarjeta de crédito. Se encargan de todo, se puede enviar al otro contrayente unos poemas de amor, flores, alianzas, y también organizan la fiesta y "la luna de miel". Una vez prestado el consentimiento, los cibernautas quedan inscritos en el "Registro Civilnético", le entregan un libro de casamiento y aparecen en la lista de casados para que la familia y amigos pueda conocer el enlace. Si uno quiere casarse pero no tiene pareja, no hay problema, en la página web puede acceder a una sección de corazones solitarios que están dispuestos a casarse. También se ha previsto la posibilidad del divorcio, para el que no hacen falta abogados ni papeleo alguno, basta con cumplimentar un formulario y automáticamente desaparece de la lista de casados.

Antonio Javier Pérez Martín

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

— La ejecución de los efectos y medidas en el orden civil de sentencias matrimoniales de tribunales eclesiásticos nacionales y extranjeros. Referencia a la regulación en la nueva LEC. *Francisco Vega Sala* 19

— Aspectos procesales de la reclamación de los alimentos de los hijos mayores de edad dentro del procedimiento matrimonial. Especial referencia a la nueva LEC y a la STS de 24 de abril de 2000. *Francisco de Asís Serrano Castro* 53

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 71

I. Recurso de reposición en ejecución del auto de medidas previas *(Auto de 29 de noviembre de 1999)* 71

Página

II. Procedimiento de separación: prueba del derecho extranjero *(S. de 17 de enero de 2000)* 73

III. Embargo de cuentas de un cónyuge por deudas tributarias y sanciones *(S. de 14 de febrero de 2000)* 79

TRIBUNAL SUPREMO 87

I. **Filiación** 87

1. Eficacia del reconocimiento morfológico del menor y de la persona a quien se reclama su paternidad *(S. de 26 de junio de 1999)* 87
2. Reclamación de paternidad. Prueba biológica. Fijación de alimentos *(Auto de 31 de octubre de 1999)* 89
3. Citación para la práctica de la prueba pericial biológica *(Auto de 6 de julio de 1999)* 91
4. Reclamación de los alimentos abonados y daños morales tras la estimación de una demanda de impugnación de la paternidad *(S. de 22 de julio de 1999)* 95
5. Determinación de la maternidad y requisitos para prestar el asentimiento a la adopción *(S. de 21 de septiembre de 1999).* 99

II. **Regímenes económicos matrimoniales** 106

1. Régimen de separación de bienes 106

1.1. Contratos entre cónyuges *(S. de 30 de septiembre de 1999)* 106

2. Gestión, disposición y responsabilidad de los bienes gananciales 109

2.1. Nulidad de la disposición de bienes gananciales sin consentimiento de un cónyuge *(S. de 15 de julio de 1999)* 109

2.2. Embargo de bienes gananciales *(S. de 25 de septiembre de 1999)* 111

2.3. Gestión de bienes privativos de uno de los cónyuges vigente la sociedad de gananciales *(S. de 4 de octubre de 1999)* 114

Página

3. Liquidación de la sociedad de gananciales 116

3.1. Carácter ganancial de las obras realizadas por la sociedad de gananciales sobre un inmueble propiedad de los padres de la esposa *(S. de 17 de junio de 1999)* . . 116

3.2. Juzgado competente para liquidar la sociedad de gananciales *(S. de 8 de julio de 1999)* 120

3.3. Calificación de bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales *(S. de 18 de septiembre de 1999)* . . 121

III. **Separación y divorcio** 123

1. Reclamación de daño moral tras quedar acreditada la infidelidad de la esposa *(S. de 30 de julio de 1999)* 123

IV. **Uniones de hecho** 126

1. Acceso al recurso de casación *(Auto de 20 de julio de 1999)* 126

V. **Error judicial** 128

1. Demanda de error judicial en un procedimiento de divorcio *(S. de 26 de julio de 1999)* 128

VI. **Pensiones de viudedad** 130

1. Porcentaje de la pensión de viudedad en supuestos de divorcio sin que concurran más beneficiarios *(S. de 14 de julio de 1999)* 134

VII. **Responsabilidad civil por daños a menores** 134

1. Lesiones producidas a un menor por otro menor en un lance del juego *(S. de 18 de octubre de 1999)* 134

VIII. **Penal** 138

1. Alegación de la compensación ante un delito de impago de pensiones *(S. de 28 de julio de 1999)* 138

IX. **Sucesiones** 142

1. Régimen jurídico del depósito bancario del que figuran como titulares el causante y otra persona *(S. de 5 de julio de 1999)* 142

Página

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA 145

I. **Regímenes económico-matrimoniales** 145

1. Calificación de bienes *(TSJ ARAGÓN, S. de 24 de mayo de 1999)* 145
2. Responsabilidad por deudas gananciales *(TSJ CANTABRIA, S. de 1 de junio de 1999)* 148

II. **Fiscal** 150

1. Fiscalidad de los rendimientos empresariales obtenidos por un cónyuge *(TSJ NAVARRA, S. de 28 de julio de 1999)* 150

AUDIENCIAS PROVINCIALES 155

I. **Causas de separación, divorcio y nulidad** 155

1. Separación 155

1.1. Imposibilidad de aplicar el art. 81.1.º del CC cuando la demanda de separación es contenciosa. *AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 26 de noviembre de 1999* 155

1.2. No se requiere probar la existencia de alguna causa cuando existe acuerdo entre ambos esposos en la separación aunque cada uno la desee por distintos motivos. *AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 14 de diciembre de 1999* 156

2. Divorcio 156

2.1. Existe causa de divorcio cuando acordada la separación en medidas previas que posteriormente quedaron sin efecto el esposo no se reintegró al domicilio familiar. *AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 20 de noviembre de 1999* 156

Página

3. Nulidad 158

3.1. Desestimación de la demanda de nulidad interpuesta por un hijo después del fallecimiento de los cónyuges al haberse disuelto el matrimonio por muerte. *AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 29 de octubre de 1999* 158

3.2. Inexistencia de matrimonio y nulidad absoluta al tratarse de un matrimonio contraído entre dos personas del mismo sexo. *AP TARRAGONA, Sec. 3.ª, Auto de 10 de enero de 2000* 159

II. **Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas** . . 160

1. Patria potestad 160

1.1. Privación de la patria potestad al padre que retuvo a sus hijos menores durante dos años fuera del entorno familiar. *AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 10 de febrero de 2000* 160

2. Guarda y custodia 162

2.1. El traslado del menor a Chile junto a su madre, con la que ha venido conviviendo desde la separación de sus progenitores, no justifica el cambio de la guarda y custodia del mismo. *AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, S. de 11 de octubre de 1999* 162

2.2. Concesión de la guarda y custodia a una tía paterna de la menor. *AP VIZCAYA, Sec. 2.ª, S. de 23 de noviembre de 1999* 163

3. Régimen de visitas 165

3.1. Suspensión del régimen de visitas con el padre hasta que se determine en el procedimiento penal la existencia o no de abusos sexuales. *AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, Auto de 12 de noviembre de 1999* 165

Página

3.2. Fijación de un régimen de visitas entre el menor huérfano de padre y los abuelos paternos consistente en dos domingos alternos al mes desde las 11 a 20 horas. *AP GUADALAJARA, S. de 2 de febrero de 2000* 166

III. **Vivienda familiar** 169

1. No cabe utilizar el procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria para desalojar a la esposa e hijos de la vivienda que fue cedida al matrimonio por los padres del esposo. *AP ÁLAVA, Sec. 2.ª, S. de 13 de noviembre de 1999* 169

IV. **Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio** 171

1. No exoneración de la obligación alimenticia al progenitor aunque exista cierta precariedad en el empleo. *AP VIZCAYA, Sec. 2.ª, S. de 15 de noviembre de 1999* 171
2. Requisitos para que proceda el aumento de la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos. *AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, S. de 22 de noviembre de 1999* 173
3. Sustitución de un porcentaje de los ingresos como cuantía de la pensión alimenticia por una cantidad fija y sus correspondientes actualizaciones. *AP ZAMORA, S. de 3 de diciembre de 1999* 174
4. Imposibilidad de que la pensión alimenticia a favor de un cónyuge pueda fijarse de oficio sin previa petición de parte. *AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, S. de 7 de diciembre de 1999* 175

V. **Pensión compensatoria** 176

1. No fijación de pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio aun cuando en el convenio regulador de la separación se fijaba una pensión alimenticia para la madre y la hija. *AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, S. de 27 de septiembre de 1999* 176
2. Establecimiento de una limitación temporal a la pensión compensatoria que se fijó en el convenio regulador de la separación. *AP GUIPÚZCOA, Sec. 1.ª, S. de 19 de octubre de 1999* 177

Página

3. No limitación de la pensión compensatoria en los supuestos en los que el cónyuge beneficiario de la misma ha dedicado su larga vida al sostenimiento y cuidado de la familia sin realizar actividad laboral remunerada. *AP GUIPÚZCOA, Sec. 2.ª, S. de 18 de noviembre de 1999* 181

VI. **Cuestiones procesales** 182

1. No es óbice para la concesión de la litis expensas el hecho de que la esposa haya dispuesto al abandonar el domicilio conyugal de algunas cantidades del caudal común. *AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 21 de octubre de 1999* 182

2. La competencia deberá decidirse a favor del Juzgado de la ciudad donde el matrimonio tuvo el centro de intereses, con independencia de que durante un breve plazo anterior a la separación instada estuvieran residiendo temporalmente en otra ciudad. *AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Auto de 23 de noviembre de 1999* 183

3. Abono por ambos cónyuges de la minuta de abogados y procurador intervinientes en el procedimiento de separación de mutuo acuerdo. *AP LUGO, Auto de 30 de noviembre de 1999* 184

4. Limitación del contenido del auto aclaratorio de la sentencia. *AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Auto de 14 de enero de 2000* . . 184

VII. **Ejecución de sentencias** 185

1. Procede mantener la retención en la nómina del demandado para garantizar el pago de las pensiones futuras. *AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 15 de noviembre de 1999* 185

2. Imposibilidad de extinguir una pensión alimenticia en fase de ejecución de sentencia a pesar de que en el convenio regulador se estipulase que la misma cesaría cuando los hijos sean independientes económicamente. *AP HUESCA, Auto de 21 de noviembre de 1999* 187

3. La sentencia dictada en el incidente de modificación de medidas que reduce la cuantía de la pensión alimenticia carece de efectos retroactivos. *AP LEÓN, Sec. 2.ª, S. de 29 de noviembre de 1999* 188

Página

VIII. **Regímenes económicos** 190

1. Inclusión en el activo del valor de las acciones gananciales que fueron enajenadas por el esposo sin el consentimiento de la esposa al no haberse acreditado que su producto se invirtiera en atender las cargas del matrimonio. *AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 20 de octubre de 1999* 190

2. Legitimación del esposo para instar un procedimiento en beneficio de la sociedad de gananciales aun cuando el derecho base pertenezca con carácter privativo a uno sólo de los cónyuges. *AP LUGO, S. de 18 de noviembre de 1999* 191

3. Carácter privativo de la donación efectuada a un cónyuge mediante ingreso en una cuenta corriente conjunta cuando al efectuarse dicho ingreso consta como beneficiario exclusivamente uno de los cónyuges. *AP SEGOVIA, S. de 9 de diciembre de 1999* 192

IX. **Procedimientos de menores** 193

1. La oposición del padre a la constitución del acogimiento no es necesario sustanciarlo por los trámites del juicio verbal. *AP JAÉN, Sec. 1.ª, S. de 12 de noviembre de 1999* 193
2. La negativa de los padres biológicos a prestar el asentimiento a la adopción no es obstáculo para que en interés del menor pueda constituirse la adopción. *AP BALEARES, Sec. 5.ª, Auto de 29 de noviembre de 1999* 194

X. **Filiación** 198

1. El *plurium concubentium* no permite descartar por sí solo la paternidad ya que no se trata de un hecho contrario o excluyente de la misma. *AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 15 de diciembre de 1999* 198

XI. **Uniones de hecho** 203

1. Existencia de una comunidad de bienes entre los convivientes de hecho. *AP PALENCIA, S. de 15 de noviembre de 1999* 203

Página

2. En los supuestos en los que no se acrediten pactos entre los miembros de la pareja para someter la situación patrimonial derivada de la vida en común a normas reguladoras de algún régimen económico, a cualquier tipo de comunidad de bienes o sociedades irregulares, puede ser de aplicación la indemnización por enriquecimiento injusto cuando concurran los requisitos exigidos para ello. *AP GIRONA, Sec. 2.ª, S. de 15 de diciembre de 1999* 205

XII. **Temas penales** 208

1. Las medidas cautelares de protección a la víctima no pueden acordarse sin concretarse el tiempo de vigencia y no pueden rebasar las previstas en el art. 544 bis de la LECrim. *AP ALBACETE, Sec. 1.ª, Auto de 30 de noviembre de 1999* 208

2. La naturaleza objetiva del delito recogido en el art. 227 CP 1995 no puede llegar a excluir por completo la necesidad de la concurrencia del elemento subjetivo del injusto que configura la infracción penal, esto es, la voluntad consciente y deliberada de incumplir la obligación judicialmente acordada. En el supuesto de autos se acredita una imposibilidad de cumplimiento derivada de las circunstancias económicas del recurrente. *AP MÁLAGA, Sec. 1.ª, S. de 12 de enero de 2000* 209

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Matrimonio 213

1.1. No autorización del matrimonio cuando uno de los solicitantes sufre un deterioro cognoscitivo grave que le impide prestar el consentimiento matrimonial aun cuando haya quedado acreditado que llevan conviviendo maritalmente 21 años y que han tenido cuatro hijos. *R. de 18 de octubre de 1999* 213

Página

2. Regímenes económicos matrimoniales 215

2.1. Aun cuando uno de los cónyuges era el propietario del solar antes de contraer matrimonio en régimen de separación de bienes, no existe ningún obstáculo para que la vivienda construida con posterioridad sobre el mismo y pagada por ambos cónyuges (4.500.000 pts. el dueño del solar y 12.500.000 pts. el otro) pase a pertenecer en su totalidad (suelo y obra nueva) en proindiviso a ambos cónyuges. *R. de 26 de mayo de 1999* 215

2.2. Habiendo suscrito ambos cónyuges un contrato de compraventa con una inmobiliaria antes del divorcio, aun cuando se hubiese adjudicado la esposa la totalidad del inmueble en la liquidación de la sociedad de gananciales, para la inscripción del inmueble a nombre exclusivo de la esposa, es necesaria la previa venta de la finca por el titular registral a favor de ambos esposos, ya que existen dos negocios traslativos sucesivos absolutamente independientes entre sí: transmisión, por el primero, del bien del titular registral al patrimonio ganancial de los cónyuges compradores y posterior desplazamiento, por el segundo, del patrimonio común al patrimonio privativo de la esposa divorciada. Posibilidad de realizarlos en una única escritura pública, sin que sea necesario el consentimiento del esposo. *R. de 2 de junio de 1999* 219

2.3. El art. 95 del RH exige que, en las adquisiciones a título oneroso constante el matrimonio, para su inscripción como privativo, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública, y la simple manifestación del adquirente de que emplea, para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad. *R. de 18 de octubre de 1999* 225

Página

3. Sucesiones 229

3.1. Validez y eficacia de la donación de bienes a favor de los hijos que realiza uno de los cónyuges en el convenio regulador de la separación, sin necesidad de que dicha donación se tenga que llevar a efecto por medio de escritura pública. Tratándose de un convenio judicialmente aprobado, no corresponde al Registrador en el ámbito de su función calificadora revisar la procedencia de la inclusión una cesión de bienes ni cuestionar su eficacia aisladamente considerada, máxime si se tiene en cuenta la unidad y recíproca interdependencia de las distintas previsiones que integran estos convenios. *R. de 29 de julio de 1999* 229

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

— La infracción de los derechos de custodia y de visita en las relaciones transfronterizas. Información y puntos claves para el debate (II). *Mayte Echezarreta Ferrer* 237

DERECHO COMPARADO

— El divorcio en Portugal. *Antonio Aparicio Hackett* 257

TRIBUNA ABIERTA

— El marco jurídico de los puntos de encuentro familiar 267

— Reflexiones en torno al artículo 518 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y su incidencia en los procedimientos de familia 272

Página

— El rigor de la ley ante circunstancias incontrolables: el Tribunal Supremo condena a unos padres por la muerte causada por su hijo menor de edad 286

— Algunos retos de la nueva Ley 1/2000 de 7 de enero en el derecho de familia 290

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables 295

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

— Publicaciones y Noticias 305

Estudios Doctrinales

LA EJECUCIÓN DE LOS EFECTOS Y MEDIDAS EN EL ORDEN CIVIL DE SENTENCIAS MATRIMONIALES DE TRIBUNALES ECLESIÁSTICOS NACIONALES Y EXTRANJEROS

Referencia a la regulación en la nueva LEC

FRANCISCO VEGA SALA

Abogado, Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Barcelona.

SUMARIO

I INCIDENCIA DEL ELEMENTO RELIGIOSO EN EL DERECHO MATRIMONIAL DEL ESTADO.

A) Breve presentación histórica para situar el tema.
B) El artículo VI del Acuerdo Jurídico de 1979.
C) El artículo 80 del Código Civil.

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA CLÁUSULA DE AJUSTE.

A) Contenido de la sentencia canónica a la que se da eficacia civil.
B) Eficacia civil de las sentencias que declaran la validez de un matrimonio que ha sido declarado nulo.
C) Otros casos en que la sentencia canónica no puede tener eficacia en el ordenamiento español.

III. ASPECTOS PROCESALES DE LA CLÁUSULA DE AJUSTE.

A) Los principios informadores del Derecho procesal.

1. *El principio de defensa en el ordenamiento procesal español.*
2. *El principio de defensa en el ordenamiento procesal canónico.*
3. *La relación entre ambas interpretaciones.*

B) La interpretación del reenvío al artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA PEDIR LA EFICACIA CIVIL.

A) Procedimiento sin oposición.

1. *Naturaleza de este procedimiento.*
2. *Qué se entiende por oposición.*

a) Si la oposición debe o no ser motivada.
b) A qué objeto debe referirse la oposición.

B) Procedimiento nacido de la oposición o de la denegación.

V. EL CONTENIDO DE LA PETICIÓN DE LA EFICACIA CIVIL.

VI. EFECTOS Y MEDIDAS EN LA PETICIÓN DE EFICACIA CIVIL DE LA SENTENCIA CANÓNICA.

A) En el Código Civil.

1. *En las sentencias de nulidad.*

a) Los arts. 95 y 1395 CC.
b) El art. 98 CC.
c) El problema de la pensión compensatoria fijada en un divorcio precedente.

2. *En las dispensas de matrimonio rato y no consumado.*

B) En el “Codi de Família” de Catalunya.

VII. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN RELACIÓN A LA NULIDAD CANÓNICA Y EN LA DISPENSA DE MATRIMONIO RATO Y NO CONSUMADO.

VIII. LA EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES CANÓNICAS EN LA NUEVA LEC.

A) La oposición en la nueva ley.
B) La petición de medidas.

I. INCIDENCIA DEL ELEMENTO RELIGIOSO EN EL DERECHO MATRIMONIAL DEL ESTADO

Paralelamente al derecho de los Estados ha existido siempre un derecho religioso e incluso en muchas ocasiones se han mezclado. El tema ha despertado tanto el interés actual de los juristas que ha sido incluido como uno de los temas de discusión en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Bristol en julio de 1998.

No es un tema histórico; lo fue, indudablemente, con los gobiernos teocráticos. Pero nos referimos a la temática anunciada como un tema vivo, de derecho civil de la familia, que todavía incide en algunos ordenamientos, como es el nuestro o el italiano (y en menor medida y por vía indirecta en el francés o belga, entre otros).

Por otra parte esta incidencia religiosa puede ser amplia y afectar a muchas materias (fiscal, administrativa y no digamos constitucional), pero nosotros vamos a limitarnos al derecho matrimonial y al ordenamiento español.

El hecho de que, en el programa de las Jornadas, se haya intitulado el tema "La ejecución de efectos y medidas" es más para poder partir de una unión global pues sabido es que hoy día sólo tiene eficacia civil la declaración de nulidad, y aun de los Tribunales de la Iglesia Católica, por tanto no otros efectos o medidas que puedan incluirse en las sentencias, si bien algún aspecto todavía presenta dudas (una declaración de mala o buena fe, por ejemplo).

También la expresión de "Tribunales eclesiásticos nacionales y extranjeros", a pesar de lo amplio de su enunciado, será referido exclusivamente a los

Tribunales de la Iglesia católica, cuyas sentencias de nulidad pueden tener eficacia civil en el ordenamiento español, radique donde radique el Tribunal eclesiástico, sea en una diócesis situada en España, sea en una diócesis situada fuera de España.

Las resoluciones de otros Tribunales religiosos, es decir, de otras confesiones religiosas, no tienen eficacia civil en España, al menos en cuanto a tales, otra cosa es que pudieran tener eficacia como sentencias extranjeras, es decir provenientes de Tribunales de otros países, cuyo ordenamiento hiciera suyo un determinado derecho religioso o las resoluciones de determinadas religiones, al menos sobre algunas materias. Tal podría ser el caso de los Tribunales rabínicos, en Israel, pero su eficacia en España radicaría en su condición de derecho positivo extranjero (de Israel), no en ser un derecho religioso.

A) Breve presentación histórica para situar el tema.

Para no remontarnos a antecedentes históricos demasiado lejanos, sólo recordaremos que la Ley de Bases del Código Civil, de 11 de mayo de 1888, fue pactada con la Santa Sede en lo que al matrimonio se refería y fruto de dicho pacto fue la base 3.ª que decía: "Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine el mismo Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado".

Es cierto que esta base 3.ª sólo se refiere a la celebración del matrimonio, y no hace mención alguna a su nulidad, pero la categórica afirmación y la existencia de un matrimonio canónico y el reenvío, para su celebración, al Código de Derecho canónico, no dejaba lugar a dudas, para la mentalidad de la época y para la lectura que, a finales del siglo pasado, podía hacerse de una norma así redactada, que daba entrada, en toda su plenitud, al derecho matrimonial de la Iglesia Católica, y así al redactarse el art. 82 del CC, en su versión originaria, se reconoce, de forma automática, la eficacia civil de la sentencia firme de nulidad de matrimonio que tendrá acceso al Registro Civil: "La sentencia firme de nulidad o divorcio del matrimonio canónico se inscribirá en el Registro Civil..." (1).

La proclamación de la República en 1932, por su carácter laico, aportó una profunda transformación a estos principios, abriéndose un periodo de no poca

(1) "Divorcio" en aquel tiempo sólo quería decir "separación", véase si no la definición del mismo que se da en el art. 104 del CC en su versión originaria: "El divorcio sólo produce la suspensión de la vida en común de los casados."

problemática jurídica sobre la validez de los matrimonios, que no se cierra hasta el final de la Guerra Civil (1936 a 1939) al salir de la misma un Gobierno confesionalmente católico que trata de restablecer unas relaciones con la Santa Sede, si bien buscadas más por motivos políticos que jurídicos, lo que no impidió las consecuencias jurídicas, y así se llega a la firma del Concordato de 27 de agosto de 1953.

En el concordato de 1953 se había acordado, en lo que aquí interesa:

1.º Competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos si existía matrimonio canónico (art. XXIV.1).

"1. El estado español reconoce la competencia exclusiva de los tribunales y dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en las dispensas del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al privilegio paulino."

2.º El automatismo para la eficacia civil de las resoluciones canónicas (art. XXIV.3): Las sentencias y resoluciones de que se trata, cuando sean firmes y ejecutivas, serán "comunicadas por el tribunal eclesiástico al tribunal civil competente, el cual decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará —cuando se trate de nulidad, de dispensa 'super rato' o aplicación del privilegio paulino— que sean anotadas en el registro del estado civil al margen del acta de matrimonio".

3.º La eficacia civil para las disoluciones de matrimonio en favor de la fe, el llamado privilegio paulino (art. XXIV.1 y 3).

4.º La eficacia civil de toda resolución eclesiástica dictada en el ámbito de su competencia, por tanto dentro de los procesos de nulidad (art. XXIV.4): En general, todas las sentencias, "decisiones y decretos [2] emanadas de las autoridades eclesiásticas, en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efecto en el orden civil cuando hubieren sido comunicadas a las competentes autoridades del Estado, las cuales prestarán además el apoyo necesario para su ejecución".

La evolución social del país hizo que se fuese reaccionando contra este automatismo y amplitud en la eficacia civil de las sentencias eclesiásticas y el Tribunal Supremo llegó a oponerse al mismo, limitándolo a los efectos desvinculatorios solamente:

"Considerando: Que el incidente originador de este recurso se promueve en el trámite llamado de ejecución, a efectos civiles, de una sentencia firme de

---

(2) Los "decretos" equivalen a la "providencia" del procedimiento español.

separación matrimonial, dictada por un Tribunal Eclesiástico de acuerdo con lo establecido en los arts. 80 y 82 del CC trámite de naturaleza especialísima, ya que los Tribunales civiles no se limitan a ejecutar en sentido estricto las resoluciones emanadas de la jurisdicción canónica, sino que, en virtud de lo que se ordena por el legislador en el segundo de los citados preceptos, determinan y regulan las consecuencias meramente civiles de la separación —o de la nulidad en su caso— resolviendo con jurisdicción propia los distintos problemas que cada situación matrimonial plantee en particular, para lo que habrán de utilizar las normas específicas contenidas en la legislación civil sobre todo con autonomía de criterio y de procedimiento con respecto de la resolución anterior, lo que en primer lugar justifica que contra los fallos producidos de esta manera que alcancen el carácter de definitivos sea posible ejercitar el recurso de casación por infracción de la ley regulada en los arts. 1689, 1691 n.º 1 y 1692 de la Ley de Enjuiciamiento...” (Sentencia de 3 de junio de 1966).

En el mismo sentido el Auto de 4 de octubre de 1976.

El tema empero no fue pacífico y algunos autores del sector canónico reivindicaron el derecho de los Tribunales eclesiásticos a pronunciarse sobre la guarda y custodia de los hijos como un efecto inseparable de las sentencias canónicas de separación o nulidad (3).

El deseo y la necesidad de reformar el Concordato fue apareciendo en ambas partes, el Estado y la Santa Sede, pero no a causa del tema matrimonial sino por motivos políticos: el nombramiento de Obispos y la prisión de los clérigos.

Las negociaciones sobre la modificación del Concordato coincidieron con el cambio de régimen político en España lo que introdujo nuevos condicionamientos en la mesa de negociaciones, uno de los cuales fue la aconfesionalidad del Estado. Aprobada la Constitución el 31 de octubre de 1978, era evidente que los pactos que se firmaran con la Santa Sede no podían estar en contra de lo allí establecido y que, en consecuencia, los acuerdos sobre los efectos de las sentencias canónicas tenían que ser muy distintos del art. XXIV del Concordato de 1953.

Así fue como se llegó al Acuerdo Jurídico de 3 de enero de 1979, que está en el origen del actual art. 80 CC (4).

---

(3) F. GIL DE LAS HERAS, *La competencia de la jurisdicción eclesiástica sobre los hijos,* Barcelona, Colegio de Abogados, Publicación de la Sección de Derecho Matrimonial, 1978, pp. 51-63.

(4) Para una más amplia exposición de antecedentes, aunque sucinta, puede verse nuestra ponencia al Congreso Internacional de Derecho de Familia de Puerto Rico de 1990: “La eficacia civil de las sentencias canónicas. Nueva tendencia de los concordatos. El ejemplo español”, *Revista Española de Derecho Canónico,* Vol. 48, n.º 130, 1991, pp. 129-150.

B) El artículo VI del Acuerdo Jurídico de 1979.

Aprobada la Constitución de 1978, el Concordato de 1953 chocaba con los principios de no confesionalidad del Estado y de libertad religiosa, por ello con harta rapidez (el 3 de enero de 1979) se firmaron los Acuerdos Iglesia-Estado que debían regir, en el futuro, las relaciones entre ambas potestades y, dentro de estos Acuerdos, el Jurídico, que es el que aquí interesa pues uno de los temas que regula es el del matrimonio.

La rapidez de la firma de estos Acuerdos no tiene que hacer pensar en un redactado urgente y precipitado. Nada de todo esto, pues dichos acuerdos ya venían negociándose desde hacía tiempo. Por tanto, la ambigüedad que el Acuerdo Jurídico puede presentar sobre temas relacionados con el matrimonio no es consecuencia de la rapidez sino de la estrategia y voluntad de las partes, que cada una de ellas creyó, con esta ambigüedad, obtener la interpretación que pretendía, olvidando la Iglesia que el Acuerdo debía desarrollarse después dentro del ordenamiento español y que, en consecuencia, sería el legislador español quien tendría la última palabra como así ha sucedido.

El art. VI del Acuerdo Jurídico, en su número 2, se refiere a la eficacia que, en el ordenamiento español, tendrán las resoluciones canónicas. Su desarrollo posterior dio lugar al art. 80 del CC en el texto introducido por la reforma de 1981 (Ley 30/1981 de 7 de julio).

Dice el número 2 del art. VI del Acuerdo Jurídico: "Los contrayentes, a tenor de las disposiciones de Derecho Canónico, podrán acudir a los tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el tribunal civil competente."

Cabe destacar de este artículo, a los fines que aquí interesa:

1.º El carácter potestativo que para los cónyuges tiene el acudir a los Tribunales eclesiásticos ("podrán acudir...") (5).

2.º La falta de automatismo de las resoluciones canónicas en cuanto a su eficacia civil se refiere. No podía ser de otra forma, primero porque la Constitu-

(5) Fue Víctor REINA el primero en destacar este carácter "potestativo" en una época en que las cosas no les parecían tan claras a los comentaristas ("La eficacia civil de las resoluciones canónicas sobre nulidad o disolución del matrimonio, *Actualidad Jurídica,* 2 (1981).

ción establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, al mismo tiempo que establece la unidad jurisdiccional (art. 117.3 y 5), y, por otro lado, a causa de los principios de libertad religiosa, igualdad y no discriminación también recogidos en la Constitución (arts. 16 y 14)[6].

3.º La falta de concreción en cuanto a lo que significa declararlas "ajustadas al Derecho del Estado" y en cuanto al procedimiento y competencia ("resolución dictada por el tribunal civil competente").

Este texto resulta radicalmente opuesto a lo que tenían concordado Estado Español y Santa Sede con anterioridad a la firma de dicho Acuerdo, es decir el Concordato de 1953, que era el vigente al firmarse el Acuerdo Jurídico de 1979.

C) El artículo 80 del Código Civil.

El art. 80 del CC presenta varios problemas, a saber:

1.º A qué resoluciones canónicas se refiere.

2.º En el caso de las sentencias de nulidad a qué sentencias se refiere.

3.º Qué se entiende por resolución "ajustada al Derecho del Estado".

Examinemos cada uno de estos problemas.

1.º A qué resoluciones canónicas se refiere.—Es claro que el art. 80 CC se está refiriendo a dos clases de resoluciones canónicas que son de naturaleza diferente, tanto desde un punto de vista sustantivo como desde el aspecto procesal del procedimiento que las produce.

Estas dos clases de resoluciones son:

a) Las sentencias de nulidad de matrimonio, dictadas por los Tribunales eclesiásticos.

b) Las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

La primera se refiere al matrimonio como negocio jurídico, al matrimonio *in fieri* y se tramita por vía judicial, mientras que la segunda se refiere a un hecho (la inconsumación) que tiene lugar durante la convivencia, es decir en el matrimonio *in facto esse,* por consiguiente no es una nulidad de matrimonio sino una causa de disolución y que se tramita por vía administrativa que termina por una "decisión pontificia".

---

(6) REINA, Víctor, *ob. cit.,* p. 221.

Quedan por el contrario excluidas otras disoluciones canónicas como son por ejemplo, el privilegio Paulino (disolución, que se declara, en favor de la fe) que sí tuvo eficacia civil durante la vigencia del Concordato de 1953 (v. art. XXIV n.os 1 y 3).

2.º En el caso de las sentencias de nulidad ¿a qué sentencia se refiere?—El Derecho Canónico da preferencia al principio de prevalencia de la verdad (*pro rei veritate*) sobre el de seguridad jurídica, por ello las causas de nulidad nunca pasan a cosa juzgada (c. 1643) (7) lo que quiere decir que siempre pueden replantearse, por lo que cabe que examinada de nuevo una sentencia que concedía la nulidad, se la deje sin efecto y se declare la validez del matrimonio y ello cualquiera que sea el número de años que puedan haber transcurrido entre la primera sentencia y la interposición de la segunda demanda.

Este principio de la prevalencia de la verdad sobre la seguridad jurídica no existe en Derecho español donde prevalece esta última (ver los párrafos segundos en los arts. 75 y 76 CC).

De producir efectos civiles todas las sentencias canónicas de nulidad se produciría un choque entre las dos nociones de cosa juzgada, por lo que debe concluirse que sólo las sentencias afirmativas, es decir, aquellas que conceden la nulidad, son las que tienen acceso al ordenamiento español.

3.º Qué se entiende por resolución "ajustada al Derecho del Estado".—Una tesis, mayoritaria (8) seguida prácticamente por todos los tribunales de justicia, considera que se da el ajuste al Derecho del Estado cuando se cumplen los requisitos del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal como establece el art. 80 del Código Civil y, por lo tanto, la misión del tribunal civil se limita a comprobar que la acción ejercitada es de naturaleza personal, que no

---

(7) "Numquam transeunt in rem iudicatam causae de statu personarum, haud exceptis causis de coniugum separatione" (Nunca pasan a cosa juzgada las causas sobre el estado de las personas, incluso las de separación de los cónyuges) (can. 1643).

(8) Citemos entre otros muchos los siguientes autores: J.J. GARCÍA FAILDE, "Reconocimiento en el orden civil de matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico y Sentencias Eclesiásticas de nulidad de matrimonio", *Revista Española de Derecho Canónico* 38 (1982), pp. 231 y ss.; J.M.ª MARTINELL, "Eficacia civil de las resoluciones canónicas sobre nulidad o disolución del matrimonio en el ordenamiento español", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 1 (1985) 251 y ss.; L. MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial* (Barcelona, 1981), Bosch p. 40 y ss.; A. PÉREZ GORDO, *Los juicios matrimoniales* (Barcelona, 1982), Bosch; V. REINA, "La eficacia civil de las resoluciones canónicas sobre nulidad o disolución del matrimonio", *Actualidad Jurídica* 2 (1981), pp. 31 y ss.; F. VEGA SALA, "La eficacia civil de resoluciones matrimoniales canónicas. Temática procesal". *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para Profesionales del Foro,* 8 (Salamanca, Publicaciones Universidad Pontificia, 1989), p. 390.

se dictó en rebeldía, la licitud en España de aquello cuyo cumplimiento se pretende, o sea la nulidad o la dispensa, y que la carta ejecutoria reúne las condiciones de autenticidad, tanto las exigidas en su lugar de origen como las requeridas conforme a las leyes españolas, y dado que tanto la nulidad como la dispensa de matrimonio no consumado corresponden a acciones personales y que ambas son lícitas en España hay que concluir que al Juez civil sólo le queda comprobar la rebeldía y la autenticidad de la carta ejecutoria.

Esta es la solución que parece correcta pues no iba a pactar el Estado con la Santa Sede un Acuerdo con el fin de dar eficacia civil a las sentencias canónicas para después dejarlo vacío de contenido al amparo de una interpretación unilateral de la cláusula de ajuste. Por otra parte, el matrimonio no consumado no tiene relevancia jurídica en el ordenamiento español, por lo que sólo tenía cabida en el Acuerdo si el Estado estaba dispuesto a admitir la eficacia civil de las dispensas canónicas.

El art. 80 del Código Civil es claro y terminante al reducir la cláusula de ajuste a los requisitos enumerados en el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y es así como lo han entendido y lo aplican los tribunales españoles, prácticamente en su totalidad.

CALVO TOJO, en la ponencia que presentó sobre el tema en la XXI Semana Española de Derecho Canónico, celebrada en Sant Cugat del Vallès (Barcelona) en septiembre de 1988 aporta unos interesantes datos sobre la actuación de los tribunales civiles a la hora de declarar la eficacia civil de las sentencias canónicas [9] que entendemos son válidos todavía hoy.

Sobre un estudio de 174 resoluciones civiles que llegaron a sus manos, encuentra los siguientes resultados:

Sentencias de nulidad	160
Dispensas de súper rato	14
Total	174

En cuanto a las sentencias de nulidad:

Se otorga eficacia civil	135
Se deniega la eficacia civil	25
Total	160

[9] "La eficacia civil de resoluciones matrimoniales canónicas. Temática sustantiva", *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para Profesionales del Foro,* 8 (Salamanca, Universidad Pontificia, 1989), p. 381.

Motivos de la denegación:

Oposición de la contraparte	8 (10)
Rebeldía canónica	2 (11)
Falta de Procurador en el procedimiento civil	1 (12)
Por enviarla directamente el Tribunal Eclesiástico	1 (13)
Sentencia extractada (sólo encabezamiento y fallo)	1 (14)
Razones jurídico-doctrinales	12 (15)
Total	25

(10) La resolución es correcta. La Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que regula el procedimiento para obtener la eficacia civil de las resoluciones canónicas, establece la formulación de oposición como uno de los motivos para denegar la eficacia civil quedando "a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente". Hay que tener presente que el procedimiento de esta Disposición Adicional Segunda es un procedimiento breve y rápido para cuando no hay oposición. Si hay oposición no quiere decir que no se pueda obtener la eficacia civil de la resolución canónica pero hay que hacerlo por la vía del juicio declarativo.

(11) Resolución correcta. La circunstancia 2.ª del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es precisamente que la sentencia cuya eficacia se pretende obtener no haya sido dictada en rebeldía.

(12) Resolución correcta. El Procurador es necesario por imperativo legal. De todas formas no se nos indica con ello lo sucedido con la resolución canónica puesto que la petición pudo reproducirse con la debida representación del Procurador.

(13) Resolución correcta. La demanda será presentada por "cualquiera de las partes", por consiguiente debe ser una de éstas, al menos, la que solicite la eficacia civil, y si ninguna lo solicita, la sentencia canónica no tendrá efectos civiles. No puede remitirla de oficio el tribunal eclesiástico, como podía hacerse antes durante la vigencia del concordato de 1953.

(14) No acabamos de comprender el motivo de la denegación de la eficacia civil. Tendríamos que ver la carta ejecutoria, pero en principio parece que era suficiente, pues no es necesario el testimonio literal de la sentencia.

(15) Sobre este dato dice el autor de la ponencia: "Es de advertir (...) que diez de las doce denegaciones de eficacia causadas por razones doctrinales y jurídicas proceden de un único y mismo juzgado de Primera Instancia de Madrid, cuyo titular, al parecer, tiene por norma no conceder eficacia a ninguna sentencia canónica (...) La Audiencia Territorial revocó una sentencia de dicho Juzgado en la que éste denegaba la solicitada eficacia; la Audiencia recrimina alguna expresión del Juzgado poco digna para el Tribunal canónico y añade, entre otras cosas, que 'si los contrayentes acuden a los tribunales eclesiásticos al amparo del Artículo VI, apartado 2, del Acuerdo no es para obtener una mera declaración sin eficacia, sino que tienen su reconocimiento normativo en el artículo 1, apartado 5, del Código Civil en relación con el artículo 80 del mismo Código'. Sin comentario".

En cuanto a las dispensas de súper rato:

Se otorga eficacia civil	9
Se deniega la eficacia civil	1 (16)
Pide el Juez más documentación	4 (17)
Total	14

En consecuencia, podemos decir que, por lo que se desprende de este cuadro, al que añadimos nuestra experiencia personal, los Juzgados civiles consideran que la resolución canónica está ajustada al Derecho del Estado si cumple con los requisitos del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si desde el punto de vista de la jurisprudencia la interpretación parece no ofrecer dudas importantes, desde el punto de vista de la doctrina el tema ha sido menos pacífico dando lugar a posturas enconadas que han permanecido al permitir, el art. 80 CC y el ítem del proceso legislativo que llevó al mismo, los distintos planteamientos.

Curiosamente toda la polémica se ha producido en el tema sustantivo pero no en el procesal que ha permanecido prácticamente virgen cuando entendemos que puede dar lugar a la declaración de no estar ajustada al Derecho del Estado.

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA CLÁUSULA DE AJUSTE

A) Contenido de la sentencia canónica a la que se da eficacia civil.

El Art. VI del Acuerdo Jurídico de 1979 no podía ser más ambiguo. La expresión "ajustadas al Derecho del Estado", permite toda clase de doctrinas, desde la "causa admitida", es decir, que la nulidad canónica se hubiese otorgado a una causa de nulidad existente en el Código Civil, hasta la de la simple exigencia de una verificación de los requisitos formales, pasando por las de

(16) El motivo de la denegación fue la oposición de la contraparte, por tanto la resolución civil es correcta por lo dicho anteriormente en la nota 10.

(17) Suele suceder. Tenemos experiencia personal sobre ello. El procedimiento administrativo de la dispensa de súper rato por ser típicamente canónico puede ser desconocido de aquellos jueces que sólo tienen una formación civil, y el rescripto pontificio concediendo la dispensa es tan diferente de una sentencia de nulidad que puede desconcertar. De todos modos el que el Juez pidiera más documentación no quiere decir que tuviese que denegar la eficacia civil.

confundir Derecho del Estado con los principios constitucionales o con los principios del orden público.

La diversidad de doctrinas fue facilitada por el legislador pues el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados, al desarrollar en las Disposiciones Adicionales el procedimiento a seguir para obtener la eficacia civil de las sentencias canónicas, a la declaración de ajuste se le ocurrió añadir que, además (por tanto segunda exigencia), reuniera los requisitos que se exigen para la eficacia en España de las sentencias extranjeras cuando no hay tratado internacional ni reciprocidad, con lo cual no sólo no se aclaraba el contenido de la cláusula de ajuste sino que se iba más allá de lo acordado con la Santa Sede al exigir un nuevo requisito que no estaba previsto en el Acuerdo de 1979. Hasta el último redactado no se corrigió el desaguisado, así que al promulgarse la Ley 30/1981 de 7 de julio, la Disposición Adicional Segunda de dicha ley y el art. 80 del Código Civil prácticamente coincidían en su contenido, si bien el art. 80 CC sólo exige para considerarla ajustada al Derecho del Estado que reúna los requisitos del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento y la Disposición Adicional Segunda establece que el Juez apreciará si la sentencia canónica es "auténtica y ajustada al Derecho del Estado".

Así las cosas la doctrina ha intentado dar distintas interpretaciones y pueden detectarse hasta tres corrientes doctrinales.

1.ª Una tesis minimalista, pero minoritaria, que sostiene que el "ajuste al Derecho del Estado" significa coincidencia de la causa canónica con una causa de nulidad admitida en el ordenamiento civil [18].

Pero esa tesis no es sostenible porque sería dejar sin efecto lo acordado entre la Santa Sede y el Estado español, pues la mayoría de las causas de nulidad canónicas no tienen parangón en el sistema español (la exclusión de los hijos, la indisolubilidad, etc.), por no decir de la dispensa de matrimonio rato y

---

[18] Sostienen esta tesis, entre algunos otros, L.M. CUBILLAS RECIO, *El sistema matrimonial español y la cláusula de ajuste al Derecho del Estado* (Valladolid, 1985), p. 221 y ss.; C.M. ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio* (Pamplona, 1982), p. 475; E. FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de Familia* (Barcelona, 1982), p. 651; J. LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, *Regulación procesal de la Ley de divorcio* (Barcelona, 1983), p. 22; E. VALLADARES RASCÓN, "El principio de la igualdad ante la ley y el sistema matrimonial", *Revista de Derecho privado* (1981), p. 322. Dentro de esta línea pero matizando la postura: R. RODRÍGUEZ CHACÓN, que en su tesis doctoral *Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España* (Madrid, 1988), p. 727, dice en su conclusión XV que para que exista el ajuste al Derecho del Estado "es necesario que los hechos tenidos en cuenta en sede eclesiástica sean susceptibles de integrarse en alguna de las causas tipificadas en el ordenamiento civil como motivos bastantes para declarar la nulidad del matrimonio o habilitantes para solicitar la disolución del vínculo conyugal".

no consumado, pues el hecho de la no consumación no tiene relevancia jurídica en el ordenamiento civil español.

2.ª Una corriente intermedia, con muchos matices, recoge a los autores que básicamente sostienen que la cláusula de ajuste significa que las sentencias canónicas tengan, en la causa de nulidad invocada, una coincidencia genérica con las causas de nulidad y/o de disolución del ordenamiento español, o no se opongan o repugnen a algún precepto de derecho interno del Estado, o a algún principio constitucional o a alguna situación consolidada de los propios contrayentes (19).

Pero tal forma de definir la cláusula de ajuste es reducirla a la tesis anterior, aunque de forma más laxa, o confundirla con el orden público o los principios constitucionales, pero la cláusula de ajuste no puede confundirse con el orden público ni con los principios constitucionales pues no consiste en ellos, ya que si así fuese, como dice REINA "estaríamos involucrando en cada caso necesariamente al Tribunal Constitucional, que es el único autorizado para definir, positivamente, la constitucionalidad de un acto, de una norma, o, como ocurre aquí, de una resolución" (20).

3.ª Una tercera tesis, mayoritaria, maximalista, es la seguida prácticamente por todos los tribunales de justicia, y a la que antes nos hemos referido, es decir la que considera que se da el ajuste al Derecho del Estado cuando se cumplen los requisitos del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por lo tanto, la misión del tribunal civil se limita a comprobar la existencia de todos los requisitos de dicho artículo (21).

B) Eficacia civil de las sentencias que declaran la validez de un matrimonio que ha sido declarado nulo.

Sabido es que, en derecho canónico, las causas matrimoniales nunca pasan a cosa juzgada (c. 1643), por lo tanto si se producen "nuevas y graves pruebas o razones" puede acudirse de nuevo al Tribunal de apelación para pedir la revisión

---

(19) Dentro de esta línea pueden encuadrarse entre otros autores: J.M.ª DÍAZ MORENO, "La regulación del matrimonio canónico", *Iglesia y Estado en España, Régimen jurídico de sus relaciones* (Madrid, 1980), p. 157; M. LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español* (Madrid, 1983), pp. 110 y ss.; R. NAVARRO VALLS, "La posición jurídica del matrimonio canónico en la Ley de 7 de julio de 1981", *Revista de Derecho privado*, pp. 706 y ss.

(20) *Lecciones de Derecho matrimonial,* I, Barcelona, 1983, Promociones Publicaciones Universitarias, pp. 230 y ss.

(21) Es la seguida por los autores que citamos en la nota 8.

de la causa, es decir proponerla de nuevo (c. 1644). Esto en la práctica significa que un matrimonio que ha sido declarado nulo puede, como consecuencia de esta nueva proposición de la causa, ser declarado válido y no lo evita el hecho de que los contrayentes, a los que se había declarado nulo el matrimonio, hubiesen contraído nuevas nupcias con terceros y que incluso hubiese habido descendencia de estas uniones. Estas pasarían a ser nulas, por impedimento de vínculo, al declararse válido el otro matrimonio con la nueva proposición de causa.

Como es de ver, y lo dice sin engaño el canon 1643 del Código de Derecho Canónico, no existe la noción de cosa juzgada para las causas matrimoniales. Esto es impensable en un ordenamiento civil, y ello no se tuvo en cuenta en el Acuerdo Jurídico firmado entre la Santa Sede y el Estado español.

El Acuerdo no hace exclusión de ninguna sentencia, pero una sentencia que declarase válido un matrimonio que antes hubiese sido declarado nulo y en el que la sentencia de nulidad hubiese adquirido eficacia civil, vemos muy difícil que pudiese tener efectos civiles por ser contraria al principio procesal español de la cosa juzgada. Los autores que han tratado el tema están, por lo general, en favor de la negativa (22).

Este es también el criterio que, *a contrario sensu* se puede deducir de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1984 (Ref. Aranzadi 3446) en la que, si bien otorga eficacia civil a la sentencia que, en revisión, declara la validez del matrimonio, lo hace al amparo de la Disposición Transitoria 2 del Acuerdo Jurídico, ya que al ser la sentencia declaratoria de la nulidad de 28 de junio de 1978 y la de la revisión de 22 de diciembre de 1980, entendió que se trataba de una causa en trámite y por ello aplica el art. XXIV del Concordato de 1953 y no el art. 80 CC (23).

---

(22) V. REINA, *Lecciones de Derecho Matrimonial,* 1 (Barcelona, 1983), p. 232; RODRÍGUEZ CHACÓN, loc. cit. supra, nota 18, 345. J.J. GARCÍA FAILDE está dudoso y sin declararse expresamente por una respuesta negativa no deja de recordar que "La reciente jurisprudencia italiana se ha pronunciado por la imposibilidad de ejecutar civilmente esa sentencia eclesiástica firme revocatoria de las contrarias firmes ya ejecutadas", loc. cit. supra, nota 18, p. 231.

(23) "...el tema litigioso tiene su adecuado encaje en la previsión de la disposición transitoria dos del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos firmado el 3 de enero de 1979 —ratificado por la jefatura del Estado el 4 de diciembre siguiente— entre la Santa Sede y el Estado Español, a cuyo tenor le es aplicable el artículo XXIV del Concordato de 1953 cuyo apartado 3 impone a los Tribunales del Estado practiquen lo necesario para los efectos civiles de las sentencias canónicas y, concretamente para su anotación en el Registro Civil, tal y como el Auto combatido ordenó, sin mengua, por ello, del art. 80 del Cc. cuya denunciada infracción ha de claudicar..." (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1984).

C) Otros casos en que la sentencia canónica no puede tener eficacia en el ordenamiento español.

Al margen de que la sentencia canónica cumpla con los requisitos del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no exista contradicción con el principio de defensa tal como lo entiende el ordenamiento español, ni contra ningún otro de los principios informadores del derecho procesal, hay resoluciones canónicas de nulidad o dispensas de matrimonio rato y no consumado que no podrán tener eficacia en el ordenamiento civil. Son los casos en que puede existir un matrimonio civil válido o no puede tener, la resolución canónica, acceso al Registro Civil por algún motivo.

Los autores y la jurisprudencia han señalado los siguientes supuestos:

1.º La sentencia canónica de nulidad de un matrimonio ya declarado civilmente nulo.

2.º En algunos casos la sentencia canónica de nulidad de un matrimonio de extranjeros casados en el extranjero aunque la Sentencia canónica hubiese sido dictada por el Tribunal Eclesiástico de una diócesis española, y ello por el siguiente doble motivo:

a) Porque no tendría acceso al Registro Civil por no estar inscrito el matrimonio de los extranjeros, pues solo tienen acceso al Registro Civil español los matrimonios celebrados en España (sea entre españoles o entre extranjeros, o mixtos) o los de españoles celebrados en el extranjero (que se inscriben en el Registro Civil Central) pero no los de los extranjeros celebrados en el extranjero.

b) Porque no siempre el matrimonio canónico significaría que los extranjeros en cuestión estuvieran civilmente casados, ni que la sentencia de nulidad anulase su matrimonio, puesto que ello dependerá de la ley que les sea aplicable (art. 9.1 y 2 CC).

3.º La sentencia canónica de nulidad recaída en un segundo matrimonio canónico, cuando la primera sentencia no hubiese alcanzado la eficacia civil, puesto que seguiría siendo válido, para el Estado español, el primer matrimonio canónico.

Sólo en el caso de que los esposos se hubiesen divorciado podría tener eficacia civil esta segunda sentencia canónica, previa inscripción del segundo matrimonio canónico en el Registro Civil, cosa que solo podría tener lugar si dicho matrimonio se hubiese celebrado después del divorcio, de lo contrario no

hubiere tenido acceso al Registro Civil por el impedimento del vínculo del ordenamiento español (art. 46.2 CC) [24].

III. ASPECTOS PROCESALES DE LA CLÁUSULA DE AJUSTE [25]

Visto que el ajuste al Derecho del Estado se identifica con el cumplimiento de las circunstancias del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tema que ahora se presenta es el de si puede haber otros motivos procesales, aparte de la ausencia de las condiciones del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que impidan que tenga eficacia, en el orden civil, una sentencia eclesiástica de nulidad o una dispensa de matrimonio rato y no consumado.

En esta línea de investigación habrá que detenerse en los principios informadores del Derecho Procesal, en una serie de casos concretos que no pueden alcanzar la eficacia civil y en la distinta noción de cosa juzgada que diferencia el ordenamiento canónico de los ordenamientos civiles.

A) Los principios informadores del Derecho procesal.

Sabido es que el ordenamiento procesal está regido por una serie de principios que, por lo general, se encuentran en todos los ordenamientos, tanto en el civil como en el canónico.

De estos principios podemos citar, entre otros, y como más relevantes, los siguientes:

a) Principio de la oficialidad, es decir que la Administración de Justicia corresponde a la Autoridad.

b) Principio de la independencia judicial; el Juez no depende de nadie, sólo debe atenerse a las leyes.

c) Principio de imparcialidad; el Juez no tiene ni puede tener interés en el pleito.

---

(24) Pueden verse otros supuestos y los autores que estudian ésta casuística en la tesis doctoral de RODRÍGUEZ CHACÓN antes citada, pp. 344 y ss.

(25) Para un estudio más completo de los problemas procesales vinculados a la eficacia civil de las sentencias canónicas puede verse nuestro trabajo "La eficacia civil de resoluciones matrimoniales canónicas. Temática procesal", *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para Profesionales del Foro* (Salamanca, Universidad Pontificia, 1989), pp. 389-409.

d) Principio de igualdad de las partes en el proceso.

e) Principio de publicidad; el proceso debe ser público para las partes y para terceros, excepto en aquellos casos en que las mismas leyes limiten esta publicidad.

f) Principio de disposición; es decir, que las partes disponen del proceso, principio más aplicable en el orden civil que en el penal y que puede también quebrar en aquellos procesos, como los matrimoniales, en que incide el orden público y en los cuales, y por ello, el Juez tiene un poder dispositivo que no tiene en los otros tipos de juicios.

g) Principio de defensa, según el cual nadie puede ser Juzgado sin ser oído. Etc.

Entendemos que la contravención, por la resolución canónica a la que se intentara dar eficacia civil, de alguno de esos principios, todos ellos informadores del Derecho español, llevaría consigo que no pudiese alcanzar esta eficacia. Si las propias sentencias nacionales no pueden vulnerar aquellos principios y son tachadas de nulidad si los vulneran, a más fuerte razón una sentencia de otro ordenamiento no podrá tener eficacia civil cuando lleve consigo uno de los elementos que la harían nula dentro del ordenamiento estatal.

El tema, pudiera pensarse, es más teórico que real, pues si al principio hemos dicho, y así es, que prácticamente los principios mencionados se encuentran tanto en los ordenamientos civiles como en el canónico, no tendría que haber razón de conflicto. Pero la cosa no es así, pues: 1.º No todos los principios están en ambos ordenamientos (español y canónico, que son los que aquí nos interesan) y 2.º No siempre se interpretan de igual manera ni tienen los mismos límites.

La importancia de esto la veremos si dedicamos nuestra atención al principio de defensa.

Es indudable que este principio existe en ambos ordenamientos. Tanto en el orden civil como en el canónico nadie puede ser juzgado sin ser oído, pero su tratamiento es diferente.

1. *El principio de defensa en el ordenamiento procesal español.*

El principio de defensa viene recogido en el art. 24 de la Constitución española y a pesar del aspecto penal que puede parecer tenga el art. 24 de la Constitución, sobre todo su número 2, está fuera de duda que se refiere a toda clase de procesos, tanto civiles como penales, laborales, etc. La opinión es

pacífica tanto en la doctrina [26] como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Pero hay más; el criterio del Tribunal Constitucional es más amplio. En su Sentencia de 4 de abril de 1984 [27] establece:

> "...como acertadamente se ha dicho, la idea de indefensión no puede limitarse, restrictivamente, al ámbito de los que pueden plantearse en los litigios concretos, sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las leyes reguladoras de los procesos."

Es decir, no sólo debe evitarse la indefensión en cada caso concreto, sino que las normas que regulan la tramitación de los procesos no pueden dar lugar a que se produzca la indefensión y, por tanto, la vulneración del principio de defensa.

Sabido es que la Constitución es el marco en el que deben desarrollarse todas las leyes y que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la constitucionalidad de una norma.

Y estos principios establecidos por la Constitución se desarrollan y son recogidos en las normas de rango inferior.

Por lo que nos atañe, es decir para el principio de defensa, éste se halla, entre otros, en los arts. 504, 506, 515 a 518, 525, 530, etc. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De estos artículos destaquemos aquí el 504 y el 525:

Art. 504. "También deberá acompañarse a toda demanda o contestación el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho."

Art. 525. "Presentada la demanda con las copias prevenidas, se conferirá traslado de ella a la persona o personas contra quienes se proponga, y se las emplazará para que, dentro de nueve días improrrogables, comparezcan en los autos, personándose en forma."

Es clara, por tanto, la introducción del principio del derecho de defensa en el proceso civil español. El demandado debe conocer la demanda y los docu-

---

(26) "Apartado primero: Según ha sido redactado, este apartado constituye una garantía de que toda persona tiene en España derecho no sólo a un juicio adecuado en materia penal de llegar el caso, sino también a obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos en cualquier ámbito, tal y como pueden serlo el civil, mercantil, administrativo o laboral" (Ó. ALZAGA, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978,* Madrid, 1978, p. 238).

(27) Recurso de amparo n.º 182/1983, BOE de 25 de abril de 1984. Ponente: DÍEZ-PICAZO.

mentos con ella presentados y es además con la demanda que el actor debe presentar los documentos en que "funda su derecho" y no después.

Con ello se pretende que el demandado conozca de qué se le acusa o qué se le reclama y los documentos en que se funda la petición. Por tanto el principio de defensa en el ordenamiento español se concreta en dos normas taxativas:

1.º El demandado debe conocer la demanda, para lo cual (para que tenga conocimiento de la misma) hay que darle traslado de la demanda, desde el principio.

2.º El demandado debe conocer los documentos en que el actor funda su derecho y para ello, igualmente, hay que darle traslado de los documentos desde el principio del proceso.

Este es el derecho del Estado.

Si las sentencias canónicas tienen que ser ajustadas al derecho del Estado, para que tengan eficacia civil, parece desprenderse, sin duda alguna, que no podrán ser declaradas ajustadas al Derecho del Estado, y por tanto no tendrán eficacia civil aquellas que no estén de acuerdo con el principio de defensa en la forma en que lo entiende y desarrolla el ordenamiento español.

2. *El principio de defensa en el ordenamiento procesal canónico.*

En el derecho canónico el principio de defensa, indudablemente existente, se interpreta de muy distinta manera teniendo en cuenta que los procesos matrimoniales afectan al bien público y que el conocimiento de todos los actos del proceso podría llevar consigo grandes peligros [28].

---

[28] "La publicación de la causa es algo absolutamente necesario para que pueda ejercerse debidamente el derecho de defensa a la vista del resultado de la prueba (...) El conocimiento de las actas se exige en el código bajo pena de nulidad, pero se añade una excepción de gran importancia: el juez, para evitar peligros gravísimos, puede decretar que, en las causas que afectan al bien público, no se publique algún acto, pero dejando a salvo el derecho. En el Esquema de 1976 se mandaba la publicación de todas las actas bajo pena de nulidad, pero se advirtió que esa medida podía llevar consigo grandes peligros: podía hacer más difíciles las relaciones de las partes entre sí, sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de las causas que se tramitan en nuestros tribunales son matrimoniales; a los testigos les pueden sobrevenir graves perjuicios; además, en los lugares en que la jurisdicción de la iglesia no es reconocida, puede llevarse al tribunal civil las declaraciones de las partes y de los testigos acusándoles de calumniosas; a veces hasta las actas del proceso eclesiástico se emplean para entablar una acción penal ante los tribunales seculares contra la parte o testigos. La Comisión de reforma, ante la mitigación que al respecto se contenía en el a. 130 de la Inst. Provida Mater, y vistos los peligros mencionados, decidió la actual redacción del C. [cf. Comm. 11 (1979) 134]" (J.L. ACEBAL en el comentario al canon 1598 del Código de Derecho Canónico, BAC, Madrid, 1983).

Basta, para cerciorarnos de ello, recordar los siguientes cánones:

a) En relación a todo juicio contencioso (Libro VII, Parte II).

Canon 1508: "§1. El decreto de citación judicial debe notificarse enseguida al demandado, y al mismo tiempo a aquellos otros que deban comparecer.

§2. Debe unirse a la citación el escrito de la demanda, a no ser que, por motivos graves, el juez considere que éste no debe darse a conocer a la parte antes de que declare en el juicio."

Canon 1559: "Las partes no pueden asistir al examen de los testigos, a no ser que el juez, sobre todo cuando esté en causa el bien privado, considere que han de ser admitidas. Pueden sin embargo asistir sus abogados o procuradores, a no ser que, por las circunstancias del asunto y de las personas, el juez estime que debe procederse en forma secreta."

Canon 1534: "Para el interrogatorio de las partes han de observar, análogamente, las normas que se establecen acerca de los testigos en los cc. 1548, §2, 1.º, 1552 y 1558-1565."

Canon 1598: "§1. Una vez recibidas las pruebas, el juez, mediante decreto, debe permitir, bajo pena de nulidad, que las partes y sus abogados examinen en la cancillería del tribunal las actas que aún no conocen; e incluso se puede entregar copia de las actas a los abogados que la pidan; no obstante, en las causas que afectan al bien público, el juez, para evitar peligros gravísimos puede decretar que algún acto no sea manifestado a nadie, teniendo cuidado de que siempre quede a salvo el derecho de defensa."

Dejando aparte el problema de cómo cohonestar el "siempre quede a salvo el derecho de defensa" con el de "decretar que algún acto no sea manifestado a nadie", pues no se me alcanza cómo puede verdaderamente defenderse a una persona si se desconoce alguno de los actos o algún elemento del proceso, que nada impide que sea incluso un elemento importante (el canon habla de "acto" sin distinguir), tema que aquí no nos interesa, lo relevante desde el punto de vista de esta reflexión es el hecho de la diferente interpretación que en estos cánones se hace del principio de defensa en relación con la interpretación que le da el ordenamiento civil.

b) En relación a los procesos matrimoniales en concreto (Libro VII, Parte III, Título I).

Canon 1678: "§1. El defensor del vínculo, los abogados y también el promotor de justicia, si interviene en el juicio, tienen derecho:

1.º a asistir al examen de las partes, de los testigos y de peritos, quedando a salvo lo que prescribe el c. 1559;

2.º a conocer las actas judiciales, aun cuando no estén publicadas, y a examinar los documentos presentados por las partes.

§2. Las partes no pueden asistir al examen del que se trata en el §1, 1.º".

Señalemos que, inexplicablemente, en dicho canon dictado para las causas matrimoniales, que afectan al orden público, se permite examinar los documentos sin limitación alguna, en contra de lo establecido para el proceso contencioso en el c. 1598 §1 en relación precisamente a "las causas que afectan al bien público".

Pero incluso siendo así, no dejan de establecerse en el apartado 1.º del §1 ciertas limitaciones al principio de defensa en la forma que es entendido en el ordenamiento español.

3. *La relación entre ambas interpretaciones.*

Si el ordenamiento estatal tiene una determinada interpretación del principio del derecho de defensa que nace de la Constitución y se encuentra desarrollado y pormenorizado, entre otras normas que no nos atañen, en la Ley de Enjuiciamiento Civil en la forma de obligar a que el demandado tenga conocimiento de la demanda y de todos los documentos que el actor aporte y a estar presente, por medio de su abogado y representación, en todos los actos procesales que se produzcan, no vemos cómo podrá declararse ajustada al Derecho del Estado una sentencia eclesiástica de nulidad de matrimonio dictada en un proceso en que el demandado no hubiese tenido conocimiento de la demanda o de los documentos aportados hasta después de haber declarado [29] o sin haber podido estar presente su abogado en las declaraciones del interesado, de la otra parte o de los testigos [30].

B) La interpretación del reenvío al artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Después de lo dicho hasta aquí, en especial en relación a la interpretación jurisprudencial del término "ajuste al Derecho del Estado" y de las estadísticas aportadas, creemos poder decir que cuando el art. 80 CC exige que la sentencia

---

(29) Lo que permite el canon 1508 §2.

(30) Lo que también permite, expresamente para los procesos matrimoniales, el canon 1678 §1, 1.º

canónica reúna los requisitos del art. 954 LEC está pidiendo sólo el que se den unos requisitos formales e identifica el "ajuste al derecho del Estado" a las exigencias formales que se piden para la eficacia civil de las sentencias extranjeras. Y nada más y es así de simple.

Pensemos que si el legislador hubiese querido plantear otros temas mal se podría conceder la eficacia civil a las decisiones de matrimonio rato y no consumado cuando la no consumación no tiene relevancia alguna en el ordenamiento español, e impedir, por Código Civil, la eficacia civil de las dispensas de matrimonio no consumado sería ir contra lo pactado en el Acuerdo Jurídico y no olvidemos que los Acuerdos con la Santa Sede tienen rango de Tratado Internacional por tener la Santa Sede (gracias al Estado del Vaticano) personalidad jurídica internacional y los tratados internacionales forman parte del ordenamiento interno por mandato constitucional (art. 96.1 CE) y "sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional" pero no por una ley posterior interna que es lo que sucedería si se pretendiera dar al art. 80 CC una interpretación no formal del reenvío al art. 954 LEC.

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA PEDIR LA EFICACIA CIVIL

El procedimiento para obtener la eficacia civil de las resoluciones canónicas que pueden dar lugar a ello (las de nulidad y las dispensas de rato y no consumado) viene regulado por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981 de 7 de julio.

Esta Disposición Adicional contempla dos procedimientos: uno, inicial, sin oposición, y otro para el caso de que, en el procedimiento anterior, se denegara la eficacia civil o se hubiera formulado oposición por la parte "demandada" o por el Ministerio Fiscal.

A) Procedimiento sin oposición.

1. *Naturaleza de este procedimiento.*

La doctrina considera que es un procedimiento de jurisdicción voluntaria a pesar de la imprecisión técnica de llamar "demanda" al escrito inicial de las actuaciones. No hay demanda, hay sólo una petición.

Que es jurisdicción voluntaria y no contenciosa se evidencia al no aceptar la contienda puesto que, si se formula oposición, el Juez, sin más, debe denegar la eficacia civil reservando el derecho de las partes "para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente". Ello es, por lo demás, conforme con el

art. 1817 LEC de los reguladores de la jurisdicción voluntaria ["si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente (...) y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda según la cuantía"].

Refuerza la interpretación de que es jurisdicción voluntaria el hecho de que habla de "dar audiencia" al otro cónyuge, lo que es conforme con el art. 1813 LEC, también regulador de la jurisdicción voluntaria, y no se habla de "emplazar" lo que es propio del juicio contencioso y ordena hacer el art. 525 LEC ["Presentada la demanda (...) se conferirá traslado de ella a la persona o personas contra quienes se proponga, y se las emplazará para que (...) comparezcan en los autos, personándose en forma"].

En consecuencia será de aplicación para el buen entendimiento de este procedimiento las Disposiciones Generales del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1811 a 1824) lo que me parece que no se tiene presente, al menos por lo que se refiere al cómputo de los términos (art. 1812 LEC) si bien el distinto cómputo que puede hacer la parte podrá siempre subsanarse a través de la discrecionalidad que, al Juez, le ofrece el art. 1818 LEC.

2. *Qué se entiende por oposición.*

La Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981 de 7 de julio da una relevancia importante a la oposición que pueda formular el otro cónyuge o el Ministerio Fiscal:

a) En cuanto a que si no se ha formulado oposición, el Juez puede declarar la eficacia en el orden civil de la resolución eclesiástica.

b) En cuanto a que si se ha formulado oposición, el Juez ya no puede declarar eficacia en el orden civil (en realidad no debe entrar ni a examinarla; la formulación de oposición es motivo de rechazo de la petición de eficacia civil).

Dada esta importancia de la oposición el interés se desarrolla alrededor de dos temas:

a) Si la oposición debe o no ser motivada.

Si hubo dudas al principio, el Tribunal Supremo las ha disipado de forma clara y rotunda. La oposición debe ser motivada. La denegación de eficacia civil en base a una oposición formal, sólo manifestada pero no razonada, es un abuso del derecho y una violación de lo acordado con la Santa Sede.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1991 (Ref. Aranzadi 6277):

> "No se repara en que denegar la ejecución a efectos civiles de una sentencia canónica de nulidad matrimonial por el simple hecho de que la otra parte se oponga, sin juicio alguno sobre los motivos de esa oposición (que es el caso de autos), y obligar entonces al que pretendió la ejecución a entablar cualquiera de las demandas antedichas ante la jurisdicción civil, supone un incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo VI del Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979, que entró en vigor en 4 de diciembre del mismo año."

b) A qué objeto debe referirse la oposición.

La oposición debe referirse a la declaración de ajuste, no a otros pedimentos que puedan hacerse, por ejemplo, determinadas medidas (guardia y custodia, pensión compensatoria, etc.). En este caso procede acordar la eficacia civil pero no las medidas. Es lo que apreció la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1994 (Ref. Aranzadi 6420), que más adelante reproducimos en parte.

B) Procedimiento nacido de la oposición o de la denegación.

La Disposición Adicional Segunda dice en relación a este supuesto que "quedará a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente".

La discusión y la duda fue acerca de cuál era el "procedimiento correspondiente".

Dos criterios existían: el que consideraba el procedimiento de la Disposición Adicional Quinta por cuanto deben tramitarse por el mismo "Las demandas (...) que se formulen al amparo del título IV del Libro I del Código Civil y no tengan señalado un procedimiento especial" y el que consideraba que debía ser el declarativo de menor cuantía por tramitarse por el mismo las demandas relativas al estado civil de las personas (art. 484.2.º LEC) y "cualquier tipo de demanda para la que no se disponga otra cosa" (art. 484.4.º LEC).

Esta discusión original fue zanjada, en favor del juicio declarativo de menor cuantía, por la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1991 (Ref. Aranzadi 6277) que, aunque *obiter dicta,* se pronunció por el juicio de menor cuantía:

> "...en caso de que no se otorgue la ejecución pedida por cualquiera de los motivos que enumera la Disposición Adicional Segunda, el 'procedimiento correspondiente' debe ser hoy el de menor cuantía, donde con toda amplitud se pueden ventilar cuantas cuestiones suscite la ejecución a efectos civiles de la sentencia canónica."

V. EL CONTENIDO DE LA PETICIÓN DE LA EFICACIA CIVIL

Este es un tema delicado y al que la doctrina no le ha dedicado todavía toda la atención que se merece.

Una sentencia canónica de nulidad, de acuerdo con el derecho canónico, junto con la declaración de nulidad del matrimonio, puede incluir otros pronunciamientos, tales como el *vetitum* (o prohibición condicionada, puesto que no puede negarse el *ius connubii*) respecto a nuevas nupcias (c. 1684 §1), las costas judiciales (cc. 1595 y 1611.4.º), una indemnización (c. 1595), sobre el sustento de la otra parte (c. 1689). No hay, por el contrario, ningún canon que se refiera a la necesidad o posibilidad de una declaración de buena o mala fe y aunque no es costumbre hacerlo no queda excluido que pueda hacerse.

El problema está en si, al solicitarse la eficacia civil de una sentencia eclesiástica de nulidad de matrimonio, se concederá la eficacia civil solamente a la declaración de nulidad o también a los otros pronunciamientos que contenga.

Hay que reconocer que en la Disposición Adicional Segunda existe una cierta ambigüedad e imprecisión pues se refiere a la "eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio...". Igualmente en el art. VI.2 del Acuerdo Jurídico donde se dice "los contrayentes (...) podrán acudir a los tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad (...) dichas resoluciones eclesiásticas..." cuando hubiese sido mucho más claro decir que "dichas declaraciones...".

No obstante, por un lado, el espíritu que se desprende del texto, junto a la diferencia entre el Acuerdo Jurídico y el anterior Concordato donde las resoluciones canónicas eran aceptadas con más amplitud, y, por otro lado, la jurisprudencia que había ido sentando el Tribunal Supremo que reducía la eficacia civil a la declaración de nulidad y no, por ejemplo, a los temas de guardia y custodia (así la sentencia citada de 3 de junio de 1966 y el Auto de 4 de octubre de 1976), permiten sustentar la tesis de que lo único de la sentencia canónica que debe recogerse al declararse la eficacia civil de la resolución canónica es, pura y simplemente, la declaración de nulidad sin ningún otro pronunciamiento que la misma pudiera contener.

Y si hubo alguna duda ésta quedó disipada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1994 (Ref. Aranzadi 6420) que se pronunció en el sentido antes indicado de qué solo puede tener eficacia civil la declaración de nulidad:

> "...la cuestión que se debate en el motivo no es otra que la de determinar si en el auto de homologación de la sentencia canónica de nulidad debía expresamente declararse la mala fe de la mujer, según así lo solicitó la parte

o este pronunciamiento correspondía a la interpretación que el Juez de la ejecución tenía que realizar de la sentencia canónica homologada. Al respecto, debe ponderarse que según el artículo 80 del Código Civil y la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981 la eficacia en el orden civil de las sentencias canónicas depende exclusivamente, sin mayores cortapisas, de la superación de un juicio de homologación que se ciñe a dos extremos concretos: a) autenticidad de la sentencia firme (...) y b) adecuación de la sentencia (en su contenido) al derecho del Estado (...). Al margen de estas verificaciones el juicio de homologación no debe extenderse a hacer nuevos pronunciamientos que desvirtuarían su naturaleza y excederían del cometido que tiene atribuido por ley. Consecuentemente, ninguna declaración complementaria tenía que realizar la resolución que otorga eficacia civil a la sentencia canónica distintas de las que hizo reconociendo que la sentencia canónica se ajustaba al derecho del Estado" (31).

VI. EFECTOS Y MEDIDAS EN LA PETICIÓN DE EFICACIA CIVIL DE LA SENTENCIA CANÓNICA

A) En el Código Civil.

Después de lo que acabamos de exponer sobre los dos procedimientos que establece la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981 de 7 de julio para pedir la eficacia civil de las resoluciones canónicas entendemos que el primer procedimiento, el de jurisdicción voluntaria, impide toda petición de efectos y medidas y sólo cabe interesar la declaración de nulidad.

Cabe plantear la posibilidad de que se pidan unas determinadas medidas porque se cuente con la conformidad del otro, es decir, una especie de mutuo acuerdo. Ahora bien, como la petición debe ser formulada por una de las partes no cabrá la petición conjunta y aunque la otra parte, al ser oída, no formulare oposición ni a la declaración de nulidad ni a las medidas solicitadas, el Juez no está obligado a adoptarlas, pues la Disposición Adicional Segunda está pensada y construida sólo para la eficacia civil del pronunciamiento canónico.

Otra cosa es que, si hay acuerdo, el Juez las adoptare, lo cual no dejaría de ser una importante contribución al principio de economía procesal. Repárese que en la sentencia del Tribunal Supremo reproducida (la de 1 de julio de 1994) se dice que "el juicio de homologación no debe extenderse a hacer nuevos

(31) Un interesante comentario a esta sentencia debido a Ramón DURÁN RIVACORBA puede verse en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* 37 (enero-marzo 1995), p. 47 y ss.

pronunciamientos" pero ello va vinculado a que "desvirtuarían su naturaleza y excederían del cometido que tiene establecido por ley", pero no dice que "no puede extenderse" y ello puede ser posible si no se desvirtúa su naturaleza y cometido, pero éste no es otro que el de homologar una resolución.

Con ello podríamos interpretar que de no existir oposición y de pedirse unas determinadas medidas de común acuerdo o, al menos, sin oposición, podrían adoptarse éstas porque entendemos que no se desvirtúa la naturaleza y contenido.

Por otra parte, tal proceder sería coherente con lo que parece ser filosofía del legislador de permitir y facilitar los pactos sobre las medidas (v. art. 81.1.º; 86, último párrafo; 90, en su párrafo séptimo: "los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o...").

Esta reflexión que acabamos de hacer es a efectos puramente prácticos y de economía procesal, pues en buena técnica jurídica entendemos que las medidas deben pedirse en ejecución del Auto de homologación.

En consecuencia, en principio, las medidas podrán pedirse en el caso de oposición o denegación, aprovechando la obligada vía del menor cuantía que entonces se establece o a través de un procedimiento autónomo que, a nuestro entender, podría ser el de la Disposición Adicional Quinta porque en su encabezamiento dice que es de aplicación para todas "las (demandas) que se formulen al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil y no tengan señalado un procedimiento especial". Ahora bien, nosotros sostuvimos este mismo criterio y por los mismos motivos para cuando hubiese oposición o se denegara la eficacia civil y el Tribunal Supremo consideró que el procedimiento adecuado era el de menor cuantía y no el de la Disposición Adicional Quinta (Sentencia de 24 de septiembre de 1991 a la que antes nos hemos referido).

1. *En las sentencias de nulidad.*

a) Los arts. 95 y 1395 CC.

Entendemos que son de aplicación, pero la dificultad está en determinar cuál es "la sentencia de nulidad" (art. 95 CC) que debe declarar la mala fe (el art. 1395 CC no habla de sentencia, sino solamente que "uno de los cónyuges hubiera sido declarado de mala fe").

Las sentencias canónicas no comportan una declaración expresa de mala fe, si bien, en algunas, del contexto, implícitamente, resulta que uno de los cónyuges ha actuado de mala fe.

Ante este planteamiento y dado que difícilmente podrá obtenerse por el procedimiento sin oposición la declaración de mala fe puesto que la sola peti-

ción, y dadas las consecuencias económicas que ello comporta, provocará la oposición de la otra parte, quizá lo más prudente será plantearlo en un juicio declarativo que entendemos que aquí no debe ser el de la Disposición Adicional Quinta sino el declarativo que por la cuantía corresponda por tratarse de régimen económico matrimonial y no de materias propias del Título IV del Libro I aunque el art. 95 CC se encuentre en dicho Título [32].

b) El art. 98 CC.

Aunque aquí no se exige pronunciamiento en la sentencia, la petición de tipo económico de este artículo producirá la oposición.

Por consiguiente, buscándose la declaración de nulidad, podrá pedirse en el correspondiente declarativo la indemnización establecida en este artículo.

Por otra parte, para poderla fijar hace falta valorar el *quantum,* lo que no puede hacerse evidentemente en el procedimiento sin oposición.

Y de existir acuerdo nada impide establecerlo por documento privado o notarial.

c) El problema de la pensión compensatoria fijada en un divorcio precedente.

A nuestro entender no debería permanecer y había sido ésta la creencia mayoritaria, pero el abuso en buscar nulidades, hoy día fácilmente obtenibles en los Tribunales Eclesiásticos, mucho más abiertos en la interpretación de los cánones, con el único fin de privar de la pensión compensatoria, ha hecho variar los criterios.

Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 1996 no dio lugar a su extinción sobre la tesis de que la jurisdicción canónica no tiene potestad sobre la civil. Pero esta tesis no es sostenible y no entra en el nudo de la cuestión, porque la nulidad de matrimonio podría haber sido declarada por un Juez Civil de acuerdo al art. 73 CC y en este caso ¿se extinguiría o no se extinguiría la pensión compensatoria?

La Audiencia Provincial de Valencia que había abordado el tema en su Sentencia de 21 de diciembre 1994 veía "dudosa" la procedencia de esa pensión

---

(32) Sobre la buena y mala fe en relación a las sentencias de nulidad canónica v. RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael, "La buena y la mala fe" en *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales,* Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 227 a 268.

compensatoria en el caso de nulidad de un matrimonio civil decretada por los Tribunales españoles, no obstante lo cual la denegó en el caso concreto por entender que no había situación de desequilibrio entre las partes.

Una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.ª) de 28 de febrero de 2000 aporta una solución tendente a evitar el abuso del derecho que pueda producir la nulidad que, generalmente, es canónica y no civil, por tanto en base a los parámetros y criterios de otro ordenamiento. La sentencia de la Audiencia de Murcia se apoya en los efectos del matrimonio putativo y mantuvo la pensión, criterio éste, el de los efectos del matrimonio putativo, que ya defendimos como alternativa en la ponencia que presentamos en las Jornadas que el Consejo General del Poder Judicial y la Generalitat de Catalunya celebraron en S'Agaró (Girona) del 23 al 25 de octubre de 1996.

En consecuencia, el problema reside en si se considera la pensión compensatoria un efecto o no del matrimonio putativo.

2. *En las dispensas de matrimonio rato y no consumado.*

Siendo la dispensa del matrimonio rato y no consumado una disolución del vínculo y no una nulidad entendemos que no son de aplicación los arts. 95, 98 y 1395 CC, pero sí la pensión compensatoria del art. 97 CC por la analogía que establece el art. 4.º 1 CC.

B) En el "Codi de Família" de Catalunya.

Mientras el Código Civil hace una distinción neta entre efectos (o medidas) de la nulidad y las de la separación y el divorcio, lo que nos parece perfecto porque la naturaleza jurídica de las instituciones es distinta, la nulidad tiene relación con la existencia o no del contrato, al margen del éxito o fracaso del matrimonio (otra cosa es el hecho de que sólo se investigue la nulidad cuando fracasa el matrimonio, no si éste es feliz), la separación y el divorcio son remedios jurídicos a la crisis matrimonial, el "Codi de Família" de Catalunya, trastocando este planteamiento jurídico, que insistimos es correcto, atribuye a la nulidad, separación y divorcio los mismos efectos y sustituye la "indemnización" del art. 98 CC por la "pensión compensatoria" y no menciona la opción del art. 95 CC lo que además parece totalmente aceptable porque la opción del art. 95 CC, como ya ha examinado la doctrina, sólo tiene sentido en un régimen de comunidad, pues en un régimen de separación sería una penalización desorbitada.

Dice su art. 84: "1. El cónyuge que, como consecuencia del divorcio o la separación judicial, vea más perjudicada su situación económica y, en caso de nulidad, sólo en cuanto al cónyuge de buena fe, tiene derecho a recibir del otro una pensión compensatoria...".

Obsérvese que no es exactamente la misma la motivación para tener derecho a la pensión compensatoria, pues mientras para la separación y el divorcio se refiere a que le corresponde al cónyuge que "vea más perjudicada su situación económica" en el caso de la nulidad se vincula a la "buena fe" al margen de cuál sea su situación económica y de si es el más o menos perjudicado, lo que entendemos puede llevar a situaciones muy gravosas porque una cosa es pagar una "indemnización", que es un pago puntual, y otra pagar una pensión periódica que una vez establecida no podrá suprimirse o sustituirse si no varían las circunstancias claro que el "Codi de Família" admite expresamente la pensión compensatoria temporal [art. 86.1.d)] lo que en la práctica puede ayudar a solventar el problema.

Una mención especial al procedimiento de eficacia civil de resoluciones canónicas aparece a propósito de la liquidación del régimen económico matrimonial legal, que aunque se trate del régimen de separación puede tener también una liquidación aunque en términos muy distintos de lo que es la liquidación de los gananciales. Aparece esta mención al referirse a la compensación por desequilibrio patrimonial que, en determinados supuestos, puede pedirse (art. 41) y a la división de los bienes en pro-indiviso (art. 43). En ambos casos deberá hacerse la petición en ejecución de la resolución canónica:

Art. 42. "2. En el caso de resolucionesdictadas por los tribunales eclesiásticos en que sedeclare la nulidad de matrimonio canónico o dedecisiones pontificias sobre matrimonio rato y noconsumado, el derecho establecido en el art. 41 sólo puede ejercerse en el trámite de suejecución, ante la jurisdicción civil."

Art. 43. "1. En los procedimientos deseparación, divorcio o nulidad y de ejecución en elorden civil de las resoluciones o decisioneseclesiásticas a que hace referencia el art. 42, dematrimonios sujetos al régimen de separación debienes, cualquiera de los cónyuges puede ejercersimultáneamente la acción de división de cosacomún con respecto a las que tengan en pro indiviso".

VII. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN RELACIÓN A LA NULIDAD CANÓNICA Y EN LA DISPENSA DE MATRIMONIO RATO Y NO CONSUMADO

El problema que aquí se plantea es el de si cabe adoptar medidas provisionales durante la tramitación, ante la jurisdicción canónica, de una nulidad o una dispensa de rato.

Me parece que caben dos respuestas, sin que me sienta más decidido, en la hora actual, a decantarme por una u otra solución.

Cabe una actitud negativa basada en que mientras en el Concordato de 1953, en el art. XXIV.2 las admitía expresamente [33], en el Acuerdo Jurídico de 1979 no se hace mención alguna de las mismas, lo que hace suponer que si habiendo sido objeto del Concordato ahora se excluían del Acuerdo es que se pactaba sobre ello [34].

Pero el que no sea objeto del pacto no quiere decir que no puedan adoptarse por la propia dinámica de la legislación española que por propia iniciativa soberana, sin necesidad de pacto alguno, tiende a la protección en situaciones conflictivas. En favor de esta tesis no tenemos ningún pronunciamiento concreto referido a los Tribunales eclesiásticos, pero referido a pleitos tramitados en el extranjero existe una antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1852 que permitía la adopción de medidas provisionales cuando hubiere un juicio pendiente en el extranjero y, lo que es más importante, el n.º 5 del art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes "5. Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España".

---

(33) Art. XXIV: "2. Incoada y admitida ante el Tribunal eclesiástico una demanda de separación o de nulidad, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las normas y medidas precautorias que regulen los efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente."

(34) Así lo sostuvimos en una obra publicada recién salida la Ley 30/1981 de 7 de julio de modificación del Código Civil en base al art. 33 del Real Decreto de 17 de noviembre de 1852 que clasifica y fija la condición civil de los extranjeros domiciliados y transeúntes, sus derechos y obligaciones ya en aquel entonces (1981) de dudosa vigencia y que hoy habrá que entender derogado por la legislación posteriormente promulgada y por una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1897 que daba lugar al depósito de mujer casada (las antiguas medidas provisionales) en un supuesto de extranjeros que aunque residentes en España pleiteaban en el extranjero (*Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España* [Barcelona, 1981], p. 203). Actualmente no creo que pudiésemos volver a sostener lo mismo y, en todo caso, necesitaría una mayor reflexión el tema. Para una exposición más amplia de la problemática que el tema presenta véase: M.ª MARTINELL, "Eficacia civil de las resoluciones canónicas sobre nulidad o disolución del matrimonio en el ordenamiento español", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado,* 1 (1985), p. 240 y ss. Este autor parece decidirse, muy a pesar suyo, por la improcedencia de las medidas provisionales en relación con las causas canónicas de nulidad y ofrece soluciones *de lege ferenda*. En contra y aceptando por tanto la tramitación de las medidas: M.ª LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español* (Madrid, 1983), p. 410 y ss. Uno de los argumentos en que se apoya este autor es el art. 33 del Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852 y la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1897, es decir, pero sin citarnos, las mismas bases jurídicas en que, con anterioridad (1981), nos habíamos apoyado nosotros.

VIII. LA EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES CANÓNICAS EN LA NUEVA LEC

La nueva LEC afronta, y entiendo que resuelve positivamente, los dos problemas que se habían planteado con la ley actual y a los que antes nos hemos referido: 1.º) el problema de la simple oposición sin fundamento y 2.º) el problema de la adopción de medidas.

A) La oposición en la nueva ley.

La eficacia civil ya no depende de que se formule o no se formule oposición. El Juez es el que resolverá, previa audiencia de la otra parte y, por consiguiente, podrá decretar la eficacia civil aun con oposición.

La tramitación es fácil: presentada la "demanda" (le sigue llamando demanda a pesar de continuar siendo un procedimiento de jurisdicción voluntaria) "el tribunal dará audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y resolverá por medio de auto lo que resulte procedente sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica" (art. 778.1).

B) La petición de medidas.

Cuando se soliciten medidas "se sustanciará la petición de eficacia civil de la resolución o decisión canónica conjuntamente con la relativa a medidas".

El texto de la ley remite al procedimiento que se establece para tramitar la separación y el divorcio, es decir al art. 770 (art. 778.2). Ahora bien, la corrección de errores publicada en el BOE de 14 de abril de 2000 corrige la última frase del art. 778.2 y donde dice "dispuesto en el artículo 770" debe decir "dispuesto en el art. 775", artículo nada fácil de entender pues tanto puede reenviar al 771 (medidas provisionales previas) como al 773 (medidas previas digamos de segunda fase). En todo caso lo que queda claro es que el largo proceso del art. 770 queda sustituido por una comparecencia al estilo de las señaladas para las medidas provisionales.

ASPECTOS PROCESALES DE LA RECLAMACIÓN DE LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD DENTRO DEL PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

Especial referencia a la nueva LEC y a la STS de 24 de abril de 2000

FRANCISCO DE ASÍS SERRANO CASTRO
Magistrado-Juez
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 (Familia) de Sevilla

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. DISTINTOS MOMENTOS O ASPECTOS DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.

III. ALIMENTOS DEBIDOS A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA.

1. Posturas que defienden la intervención de los hijos mayores de edad, o emancipados, en el proceso matrimonial de sus padres.
2. Posturas que admiten la legitimación por sustitución o compartida.
3. Posturas que defienden la no intervención de los hijos mayores de edad, o emancipados, en el proceso matrimonial de sus padres; y atribuyen exclusiva legitimación activa al progenitor con el que convive el hijo.

V. LEGITIMACIÓN PASIVA PARA LA MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD O EMANCIPADOS.
VI. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA NUEVA LEC.
VII. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ABRIL DE 2000.
VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La obligación de alimentos a que están sujetos los padres respecto de sus hijos deriva de la propia relación paterno-filial y se sustenta en las siguientes premisas:

a) La obligación de los padres de alimentar a sus hijos menores, no emancipados o incapacitados, nace, con independencia de la situación de necesidad de los mismos, ya que ésta se presume *iuris et de jure,* en razón de su minoría o incapacidad. Es precisamente esa situación de hijos protegidos (menores o incapacitados) la que determina el nacimiento de la obligación, y por ello es independiente del ejercicio y aun de la titularidad de la patria potestad (artículo 92.1, 103.39, 110 y 111 *in fine* del Código Civil).

b) Los hijos sujetos a la patria potestad tienen preferencia absoluta en relación con los demás parientes a la prestación de alimentos por sus padres (artículo 145 *in fine* y SAT Barcelona 18 de enero de 1988).

c) Comprende esta obligación la asistencia de todo un orden (artículo 39.3 de la Constitución), en la que se incluyen el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (artículo 142 del Código Civil); y, en general, todos los gastos que origine el desarrollo de la personalidad del menor (artículo 10 de la Constitución y 154.2 del Código Civil). Concretamente, va más allá de la mera obligación de alimentos, aun entendida en sentido amplio o civil, y comprende todas las atenciones de precisión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia (artículos 93.1 y 1362.1.º). Más que de obligación de alimentos cabe hablar de obligación de mantenimiento o sostenimiento, vinculada al concepto de cargas familiares.

d) El cónyuge, a quien se haya atribuido su guarda, ha de prestarlos recibiendo o manteniendo al hijo en la propia casa, en razón del deber de tenerlos en su compañía (artículo 154.19 del Código Civil). Pero para el cónyuge que no

tenga consigo a los hijos menores o incapacitados se concretará su prestación en forma de pensión (artículos 93, 103 y 149 del Código Civil). Por ende, no cabe para ninguno de ambos la opción que establece el artículo 149 del Código Civil (STS de 12 de febrero 1982, AT Pamplona de 16 de diciembre de 1986, AP de Oviedo de 3 de julio de 1989). En todo caso, la titularidad del crédito alimenticio, fijado en pleito matrimonial conforme al artículo 93, corresponde a los hijos, no al progenitor que los tenga a su cuidado y ejerza la patria potestad, razón por la que resulta irrenunciable (artículos 6.2 y 166.1 del Código Civil y 93.1 "en todo caso"). Si la guarda del hijo ha sido atribuida a un tercero, la prestación de alimentos se concretará para ambos progenitores en forma de pensión.

e) Su cuantía será proporcional al caudal o medios de cada progenitor (artículos 145.1 y 146 del Código Civil), computándose a tal efecto, entre otros factores, el trabajo que uno de los cónyuges dedicara a la atención de los hijos comunes, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiares (en cuanto la obligación de alimentos comprende también la habitación) y la posibilidad de percepción directa de subsidios familiares, seguros sociales o prestaciones de otro tipo. La obligación será exigible por entero a cada uno de los padres; a diferencia de lo que ocurre con la de alimentos entre parientes en donde hay pluralidad de obligaciones independientes, con distintos sujetos pasivos: Cada parte está obligada íntegramente con su hijo, y frente a él responde por entero de su propio incumplimiento.

II. DISTINTOS MOMENTOS O ASPECTOS DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Establece el artículo 151 del Código Civil: "No es renunciable, ni transmisible a un tercero, el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos.

Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas".

Por consiguiente dicho precepto distingue, en sus dos párrafos, dos distintos momentos o aspectos de la obligación de alimentos, en realidad, dos obligaciones distintas aunque relacionadas por su origen:

a) En primer lugar, la verdadera deuda de alimentos, ya delimitada entre dos sujetos, surgida al concurrir la necesidad del alimentista y la posibilidad del alimentante, haya sido fijada o no por Sentencia. El derecho de alimentos representa entonces una fuente de pretensiones continuadas o periódicas, de carácter personalísimo y claudicante. Este derecho es el que se declara irrenunciable, incedible e insusceptible de compensación.

b) En segundo lugar, el derecho a las pensiones vencidas, que constituyen un crédito, en principio corriente y negociable. Así lo establece el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de noviembre de 1987: "Cuando la obligación de alimentos no se cumple se transforma en una obligación pecuniaria: en un crédito disponible en el patrimonio del alimentista, quien puede renunciarlo, transigirlo o reclamarlo".

De la insusceptibilidad de renuncia (en el primer caso) deriva la imprescriptibilidad del derecho a percibir alimentos, por más tiempo que pase desde que pudo exigirlos el alimentista, por concurrir su necesidad, así como la posibilidad del obligado. Prescriben, en cambio, las concretas pretensiones a pensiones alimenticias vencidas.

El carácter personalísimo del crédito alimentario debe llevar a considerarlo exento de embargo en ambos supuestos.

Por tanto el acreedor del alimentista no podría siquiera reclamar (mediante acción subrogatoria) las pensiones vencidas y no cobradas por su deudor, pues sólo él es arbitro de sus personales necesidades (artículo 1111 del Código Civil). Cobrada la pensión, el dinero en manos del alimentista puede embargarse como cualesquiera otras cantidades en su poder, con los limites genéricos del artículo 1449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a la compensación, resulta evidente (como se ha dicho) que, aun no vencidas las pensiones, no cabe oponer la compensación ni por parte del alimentante ni del alimentista. Resulta claro, también, que el alimentista podrá oponer, frente a la reclamación que de cantidades por él debidas al alimentante le haga éste, su crédito alimentario. Por el contrario, según opinión de Jesús DELGADO ECHEVARRÍA (que comparto), no podría oponer la compensación en el mismo caso al deudor de alimentos, como oportunamente precisa el Código Italiano (artículo 447), y es además prudente ante el riesgo de que el deudor retrase deliberadamente el pago, sólo, para poder luego negarlo arguyendo compensación.

III. ALIMENTOS DEBIDOS A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

En principio la reforma del artículo 93 párrafo 2.º acometida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, viene a intentar zanjar una problemática doctrinal y jurisprudencial acerca del alcance de dicha obligación: La mayoría de edad, por consiguiente, no supone una alteración sustancial de las circunstancias concurrentes; porque, mientras los hijos sigan conviviendo en el domicilio familiar a expensas de uno de sus progenitores, no hayan terminado su formación y carezcan de ingresos y recursos suficientes para atender sus necesidades, continúa la obligación alimenticia de ambos progenitores; obligación que asumiría aquel

con quien se mantenga la situación de convivencia, teniéndole consigo a su cargo en el propio domicilio y que, con respecto al otro, se plasmaría a través del abono de la correspondiente pensión alimenticia (artículo 149 del Código Civil).

Por consiguiente, atendiendo a la literalidad del precepto, se han de desterrar las disquisiciones acerca de la edad a que se debía de extender la obligación, ya que parece claro que el espíritu de la Ley pretende garantizar, en todo caso, los derechos e intereses de los hijos de parejas que han sufrido una crisis matrimonial, preservando esos derechos e intereses, de forma que se mantengan (en la medida de lo posible) lo más incólumes posible. Por consiguiente se pretendería dar a esos hijos un tratamiento igual al que hubiesen tenido si sus padres no se hubieran separado, o divorciado, y hubiera permanecido unida la familia.

Siendo así, resulta evidente, notorio y acorde al contexto y realidad social (artículo 3.1.º del Código Civil), que hoy en día la permanencia de los hijos mayores de edad en el domicilio de los padres y a sus expensas se prolonga en muchas ocasiones hasta edades que incluso superan los treinta años. Evidentemente, en la mayoría de esos casos, la situación se prolonga debido a la dificultad de encontrar trabajo y disponer de ingresos propios; y en otros debido a una adecuada falta de predisposición al trabajo por parte de los hijos. En este último caso, resulta patente, se produciría un abuso de los padres, que sólo persistiría ante la buena voluntad y admisión de la situación por parte de éstos, que podrían legalmente dar por extinta toda obligación en relación a ese "hijo gandul", en base a lo dispuesto en el artículo 152.5 del Código Civil).

Mientras que persista esa convivencia y rémora familiar, que, a fin de cuentas, constituiría una carga familiar a tenor de lo dispuesto en los artículos 1318 y 1362.1.º del Código Civil, lo cierto es que ambos cónyuges consentirían hacer frente a la misma y ambos habrían de soportar su sostenimiento.

Se trata, por lo tanto, de una obligación, una carga que pesa sobre ambos progenitores y cuyo lastre ambos están dispuestos a asumir.

Traspolando esta situación familiar a aquellos supuestos donde no existe convivencia conyugal, y los hijos viven con uno u otro progenitor, lo cierto es que, del mismo modo, se pueden producir análogos condicionantes y resultados: hijos mayores que viven en el domicilio familiar, en este caso a expensas de su padre o madre, y carecen de ingresos propios, ya sea por no haber terminado el periodo de formación, por no encontrar trabajo, o por manifiesta incapacidad. Naturalmente, este hijo cubrirá su sustento mediante la atención directa del progenitor con el que convive, y que asume la obligación de alimentarle a través del mantenimiento en el propio domicilio (artículo 149 del Código Civil como se ha expuesto). El otro cónyuge será quien deba contribuir, mediante el pago de una pensión mientras que, de hecho, se prolongue esa situación de

convivencia a expensas del otro, que sería el titular de disposición y administración del derecho; y que tendría para él también la vertiente de obligación de repercutir íntegramente su importe en las necesidades del hijo, de igual forma que tendría que hacerlo cuando se trata de menores.

Se trata pues de un derecho en el que no resulta titular ni acreedor el propio hijo, ya que no es suya la deuda alimenticia: el titular del derecho es el cónyuge con el que convive, ya que la atención de las necesidades de aquel sólo constituye el objeto indirecto de la prestación, cuya aplicación directa tendría por fin sufragar las propias cantidades que dicho progenitor ha de invertir en el sostenimiento del hijo y que, proporcionalmente, corresponde distribuir entre el padre y la madre. Por consiguiente, la referencia del artículo 93 párrafo 2 a los artículos 142 y siguientes del Código Civil se ha de interpretar bajo dicha perspectiva, por lo que, por ejemplo, resultarían inaplicables los párrafos 4.º y 5.º del artículo 152 del Código Civil. Todo ello sin perjuicio del derecho del propio hijo, que goza de capacidad suficiente para ello, para exigir, en el procedimiento adecuado de alimentos (artículo 1609 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la conversión de esa carga familiar en un derecho puro de alimentos, del que resultaría titular exclusivo y como tal con capacidad para disponer y administrar el importe de la pensión a su antojo (como se analizará posteriormente cuando se trate la cuestión referente a la legitimación activa para su reclamación en el procedimiento matrimonial).

De esta forma también ambos progenitores asumirían esa obligación y carga familiar, que persiste tras la crisis matrimonial, y que, únicamente, se mantendría mientras concurrieren en el hijo los requisitos exigidos en el artículo 93 párrafo 2.º del Código Civil; por lo que si, en cualquier momento, éste último encontrare trabajo retribuido, suficiente para cubrir dignamente sus necesidades básicas (y sin exigir que se trate de una relación laboral estable, pero no limitada a un mero contrato de aprendizaje, que pudiera englobarse en el desarrollo de la propia actividad de formación), o abandonase el domicilio familiar para hacer vida independiente (por ejemplo para hacer vida marital con un tercero), dicha obligación familiar se extinguiría dado que su razón de ser es la propia continuidad de la situación de convivencia y dependencia económica, desde la minoría de edad.

En el caso de que el hijo volviera a sufrir una situación carencial (por ejemplo haber sido despedido de su trabajo) que requiriese de nuevo del auxilio de sus padres, esa posible circunstancia sobrevenida podría determinar una reclamación de alimentos a sus padres de forma conjunta (como exige el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de abril de 1994) y a través del correspondiente juicio de alimentos previsto en los artículos 1609 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una situación especial, pero bastante común en la práctica, es la que se produce cuando el hijo mayor de edad, por razones de estudios, vive fuera del domicilio familiar, ya sea en una residencia o piso de estudiantes. En este caso, en concordancia con lo expuesto, pudieran plantearse dos posibilidades:

a) Que la separación, o divorcio, de los padres se haya producido antes de la salida del domicilio del hijo, por dichas razones de formación. En este supuesto, si se acordó fijar pensión alimenticia cuyo perceptor era el progenitor con el que estaba conviviendo, se mantendría ese pronunciamiento, debiendo, este último, repercutir el importe íntegro de la pensión en las necesidades del hijo, siempre y cuando el cónyuge, a quien incumbe su abono, no reclame que se extinga esa obligación, en el procedimiento matrimonial, a través del correspondiente procedimiento de modificación de medidas. Si ello se produjera, el hijo podría reclamar a sus padres alimentos (a través del correspondiente juicio incidental) si, de hecho, dejare de percibir, de uno u otro, la contribución alimenticia precisa para sostenerse económicamente, y seguir cursando sus estudios.

b) Que el hijo mayor se encuentre viviendo fuera del domicilio antes de la separación, o divorcio. En este caso, haciendo una interpretación literal de lo dispuesto en el artículo 93.2.º del Código Civil, no podría, en el proceso matrimonial, fijar pensión alimenticia en favor del hijo (quien, como luego se justificará, no ha de ser parte en el procedimiento) dado que ninguno de los cónyuges tendría derecho a percibir pensión alguna para atender a su mantenimiento, que se efectuará de manera independiente.

Tendría que, por consiguiente, ese hijo que goza de plena capacidad y legitimación, exigir pensión alimenticia a sus padres a través del procedimiento incidental de alimentos, del mismo modo indicado en el párrafo anterior.

Como al principio de este apartado se afirmaba, la reforma operada por la Ley 11/1990, en relación al artículo 93.29, no ha logrado zanjar las polémicas y debates que sobre este asunto se han producido; y que tienen su principal incidencia en los aspectos de carácter procesal relacionados con la posible legitimación de los hijos en el procedimiento matrimonial de los padres para exigir pensión alimenticia.

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA

A continuación se analizarán las distintas posturas al respecto, desde la perspectiva de la legitimación activa.

1. **Posturas que defienden la intervención de los hijos mayores de edad, o emancipados, en el proceso matrimonial de sus padres.**

Se sustenta este criterio en la defensa de que, siendo el derecho de alimentos de un mayor, o emancipado, un derecho propio del mismo y teniendo plena capacidad jurídica, de obrar y procesal, no puede discutirse en un procedimiento judicial tal derecho sin que esté presente el titular del derecho, bien facultando de un modo u otro al progenitor con el que convive.

En este sentido pueden señalarse las siguientes Resoluciones: SAP Sec. 1.ª Vizcaya de 17 de marzo de 1995; SAP Sec. 4.ª Málaga de 19 de septiembre de 1992; SAP Sec. 1.ª Castellón de la Plana de 23 de enero de 1997; SAP Sec. 2.ª de Bilbao de 22 de enero de 1993; SAP Sec. 3.ª de Palma de Mallorca de 23 de noviembre de 1992; SAP de Salamanca de 7 de abril de 1995; SAP Sec. 4.ª de Oviedo de 28 de septiembre de 1996 y SAP de Sevilla Sec. 2.ª de 10 de marzo de 1999.

2. **Posturas que admiten la legitimación por sustitución o compartida.**

También hay Sentencias de Audiencias que buscan fórmulas nuevas de legitimación activa, a las que denominan por "sustitución" o "compartida"; y que se basan en el concepto de derecho de reembolso, o acción de regreso, similar a la del tercero que paga en los términos propiciados por el artículo 1158 del Código Civil: Se ejercitaría por el cónyuge un derecho propio que, en realidad, se trataría de la actuación de un derecho de reembolso que asiste a quien, siendo varios los obligados a prestar alimentos (artículo 145), los presta en exclusiva (artículo 1158). Tales alimentos pueden ser reclamados por el hijo alimentista, titular de los mismos, pero si no lo hace es preciso legitimar, en sustitución de éste, al alimentante para evitar su indefensión, que fatalmente se le produciría si el alimentista, que lo recibe íntegramente, no reclama, frente al otro progenitor, la parte que proporcionalmente le corresponde.

En este sentido se pronuncian las siguientes Resoluciones: SAP Sec. 6.ª de Valencia de 27 de julio de 1993 y SAP Sec. 3.ª de Las Palmas de 5 de abril de 1993.

3. **Posturas que defienden la no intervención de los hijos mayores de edad, o emancipados, en el proceso matrimonial de sus padres; y atribuyen exclusiva legitimación activa al progenitor con el que convive el hijo.**

En concordancia con la interpretación que se ha efectuado del artículo 93.2.º del Código Civil, esta es la postura doctrinal y jurisprudencial que consi-

dero más adecuada, resultando clarificador y contundente lo afirmado por el Catedrático Don Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, en esta misma línea: "el cónyuge tiene tanto una titularidad sustantiva propia como una legitimación directa para activar la reclamación que el precepto refiere, pues la idea de sustitución parece partir de la inacción de su titular principal, dejando abierta la vía de que sea el propio hijo quien inste, contra su propio progenitor, la reclamación.

Posibilidad que, entiendo, debe vedarse tajantemente, pues la presencia, aun hipotética, del hijo mayor como parte en el proceso matrimonial nos lleva al caos".

En definitiva, como se decía, el progenitor que asume la obligación de atender las necesidades de los hijos mayores, que conviven a sus expensas en el propio domicilio, encontraría amparo en el artículo 93.2.º para reclamar, del otro, la parte que, proporcionalmente, le corresponde en el sostenimiento de los hijos; y que constituiría una carga familiar, que persiste tras la crisis matrimonial: difícilmente puede pensarse que la extinción del matrimonio propicie también la extinción de la familia (en términos expresados por el profesor GUILARTE).

Por consiguiente, como consecuencia derivada, quedaría excluido el hijo de la posibilidad de efectuar esa reclamación en el proceso matrimonial, pues su crédito alimenticio se extinguiría, a tenor de lo dispuesto en el artículo 149 del Código Civil, en función de la propia convivencia y sostenimiento que integrarían el concepto de "alimentos debidos" recogidos en el artículo 93; aun cuando se presten por un solo progenitor.

No se debe perder de vista, al respecto, que quien percibe la pensión es el cónyuge, y no el hijo, perfectamente capaz para recibir la prestación económica y administrarla a su antojo, por lo que, si se sostiene su legitimación en el proceso, quien tendría que cobrarla sería él, exclusivamente, y no el progenitor con el que convive.

Si, por contra, se mantiene el criterio de que la obligación alimenticia, regulada en el artículo 93 párrafo 2.º, constituye una carga familiar, que perdura tras la crisis matrimonial, el perceptor y administrador de la pensión sería este último, legitimado por tanto, en exclusiva, en el proceso conyugal para exigir un efecto derivado de dicha crisis, de forma análoga (como se expuso) a las situaciones que se producen en relación a hijos menores. Ello no privaría al hijo mayor, al margen del procedimiento matrimonial, de entablar las acciones alimenticias que tenga a bien contra sus progenitores: Indudablemente esa acción no se dirigiría contra aquél con el que convive, y que cumpliría su obligación manteniéndole en el propio domicilio (art. 149), sino contra el otro, que habría de satisfacer esa pensión; en este supuesto, si su acción prosperase, ello haría desaparecer la obligación recogida en el segundo apartado del art. 93, ya que el

cobro de dicha pensión alimenticia implicaría, por su parte, la disposición de ingresos, que harían innecesaria la persistencia de la carga familiar, en el sentido literal indicado en dicho precepto.

Por último, se debe indicar que resulta también esclarecedor, en este sentido, lo dispuesto en el art. 295 del *Code* francés que, tras la reforma de 11 de julio de 1975, dispone:

> "El progenitor que asuma, a título principal, la carga de atender a los hijos mayores, que no puedan subvenir a sus propias necesidades, puede demandar a su cónyuge que le abone una contribución para su cuidado y educación."

Son favorables a esta postura las siguientes Resoluciones de Audiencia Provincial:

SAP Sec. 2.ª de Vizcaya de 6 de febrero de 1995; SAP Sec. 1.ª de León de 6 de mayo de 1995; SAP Sec. 1.ª de León de 18 de noviembre de 1994; SAP Sec. 4.ª de Alicante de 20 de julio de 1993; SAP Sec. 12.ª de Barcelona de 25 de enero de 1996; SAP Sec. 1.ª de Pontevedra de 27 de junio de 1995; SAP de Oviedo de 25 de junio de 1992.

V. LEGITIMACIÓN PASIVA PARA LA MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD O EMANCIPADOS

Si la legitimación activa es un problema con diversidad de soluciones, la pasiva, cuando se trata de extinguir, o modificar (a la baja), la cuantía alimenticia de los hijos mayores de edad, o emancipados, también ha sido objeto de polémica judicial. Los defensores de que tales hijos sean demandados y, consiguientemente, parte en los procesos de extinción y modificación, parten del principio de que nadie puede ser vencido sin ser oído. De esta forma acusan la falta de litis-consorcio pasivo necesario cuando no es llamado el hijo mayor, o emancipado, al proceso.

En definitiva, propugnan la aplicación del artículo 24 de la Constitución. Pero para ello parten de que el objeto del litigio es la pensión en sí, o el derecho a la pensión alimenticia de la que es titular el hijo, y sólo él.

El problema se complica si consideramos el derecho alimenticio del hijo como único y exclusivo objeto del proceso, porque si la acción se limita tan sólo a pedir la extinción o reducción de su cuantía, en principio, tendría que promoverse en un pleito distinto al matrimonial.

En sentido favorable, al exigir la presencia del hijo en estos procesos modificativos, o extintivos, se pronuncia la Fiscalía General del Estado en la Consulta número 1/1992 de 13 de febrero y la SAP de Córdoba de 18 de mayo de 1996.

Por su parte, la SAP de Palencia de 24 de febrero de 1997 mantiene que la presencia procesal del hijo no es imprescindible, pero sí posible:

> "Puesto que sólo se pueden discutir en estos procesos las cuestiones suscitadas en la medida que son consecuencias derivadas de la nulidad, separación o divorcio, todo ello sin perjuicio de que los hijos mayores de edad puedan intervenir en el proceso, en este caso si es que son demandados, pero sin que sea preceptiva su presencia e intervención en el mismo."

En contra de esta postura se manifiesta otra corriente jurisprudencial: SAP de Almería de 2 de junio de 1992 y Sentencia, ya referida, de la Audiencia Provincial de León de 6 de mayo de 1995 la cual, con gran claridad, afirma:

> "La madre a cuyo cargo han quedado los hijos, y a la que en Convenio o Sentencia se ha otorgado la facultad de percibir tales pensiones en beneficio de sus hijos, debe entenderse legitimada, tanto activa como pasivamente, para cualquier reclamación, o cuestión incidental, que surja en el periodo de ejecución de la Sentencia recaída, sin necesidad de que tengan que intervenir, o ser llamados en el procedimiento los hijos mayores que con ella convivan y en favor de los cuales se estableció la pensión, teniendo siempre en cuenta que los actos, para los que debe entenderse legitimada la madre, serán únicamente aquellos que no supongan, o entrañen, perjuicio para tales hijos mayores."

Naturalmente, en coherencia con el criterio personal expuesto, considero que esta situación es la más lógica y la única que armoniza la eficacia del precepto (artículo 93.2 del Código Civil) y de la finalidad y objetivo del legislador, con el resto de la normativa sustantiva y procesal.

En definitiva, se insiste, todas las posturas que defienden la legitimación, e incluso la preceptiva intervención de los hijos mayores, o emancipados en los procedimientos matrimoniales de sus padres, parten de la base, errónea, de que ellos son los titulares del derecho alimenticio, cuando, realmente, se trata de una contribución que uno de ellos ha de hacer al otro, abonándole una cantidad mensual, por razón de que el beneficiario atiende, por sí solo, a una carga del matrimonio o de la familia, consistente en la cobertura de las necesidades del mencionado hijo mayor, o emancipado, del mismo modo que cuando dicha contribución se destina a la atención de las necesidades alimenticias de los hijos menores de edad.

VI. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA NUEVA LEC

También se estima conveniente, a fin de realizar un análisis global de la cuestión comentada, enfocar su planteamiento con una perspectiva de futuro en el sentido de examinar si una vez que entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) se podría ver alterada la conclusión alcanzada.

Al respecto se ha de destacar que el artículo 753 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los procesos a que se refiere este Título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido no demandados".

Por consiguiente, en principio, podría prestarse a interpretación dicho precepto con arreglo a las posiciones que mantienen la necesaria intervención de los hijos mayores en los procedimientos matrimoniales de sus padres, debiendo el Juzgado darles traslado incluso de oficio, cuando no hayan sido demandados en el proceso.

Sin embargo, lejos de ello se considera que dicha norma precisamente viene a ratificar la posición sostenida en este trabajo, dado que su interpretación se ha de realizar en el contexto normativo donde se encuentra ubicada, es decir Título I del Libro IV ("De los Procesos Especiales"), cuyo ámbito de aplicación no se reduce a los procesos matrimoniales sino que también se extiende a los que versen sobre capacidad, declaración de prodigalidad, filiación, paternidad, maternidad, guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial, los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y los que versen sobre necesidad de asentimiento en la adopción (art. 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000). Pues bien, dado que el art. 753 precisamente se encuentra dentro de las disposiciones generales (Capítulo I) del Libro dedicado a los procesos especiales, su contenido únicamente determina el tipo de juicio a cuyos trámites se ha de acudir en todos los procesos contenidos en el referido Título; estableciendo también la obligación de que en dichos procesos intervengan todas las personas que deban ser parte en el procedimiento, con independencia de que hayan sido o no demandados. Ahora bien, esa intervención ha de venir exigida de conformidad a Ley.

Por tanto, el carácter de la norma como disposición general y la exigencia de que las personas que hayan de ser demandadas y deban intervenir en el proceso se determine de conformidad a la Ley, conlleva las siguientes conclusiones:

1) Dicha exigencia se ha de entender referida a todos los procesos contenidos en el Título I del Libro IV, por consiguiente, en relación a aquellos supuestos donde por Ley se establece la preceptiva intervención de determinadas personas en el proceso, como por ejemplo sucede en el caso de filiación, paternidad y maternidad en los que, a tenor de lo dispuesto en el art. 766, habrán de ser parte demandada, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación, y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación, legalmente determinada, cuando se impugne ésta. La ausencia de cualquiera de estas personas en el proceso a instancia del demandante implicará su llamada de oficio.

2) En el caso de la posible intervención de los hijos mayores en los procesos matrimoniales de sus progenitores, la novedad contenida en el art. 753 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no implica ninguna variación en relación a la interpretación que se ha realizado del art. 93.2.º del Código Civil puesto que, a fin de cuentas, en dicho precepto no se exige la preceptiva actuación de los hijos mayores en esos procesos. Esa intervención, como se ha examinado, únicamente se ha propugnado por una doctrina jurisprudencial, que se estima ha de ser rechazada, y de hecho viene siendo superada. Dicha doctrina, por sí misma, no puede ser invocada a la hora de justificar la necesaria presencia de los hijos mayores de edad en los procesos relativos a la crisis matrimonial de sus padres; no, al menos, en base al referido artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3) Por último, como se decía se considera que dicha novedad normativa refuerza el criterio de su absoluta carencia de legitimación, por considerar su presencia no solo innecesaria sino también perjudicial en el proceso, ya que tal previsión eximiría a la parte demandante de tener que demandar a terceros en los procedimientos matrimoniales, ya que desaparece el riesgo de que el Tribunal pueda apreciar de oficio una excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, dado que sobre el Órgano Judicial recaería la obligación de apreciar de oficio la necesidad de que fueran demandados. Por su parte el Juzgado sólo debe apreciar la defectuosa constitución de la relación jurídico procesal cuando tal circunstancia se deduzca de un mandato legal, sin que, aún menos, se puedan seguir utilizando argumentos en base a una supuesta indefensión que, se ha visto, ni existe de hecho, ni tampoco se ha planteado el Legislador a la hora de emprender las últimas reformas legislativas.

VII. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ABRIL DE 2000

No se puede concluir este trabajo sin hacer un comentario a la reciente Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, dada la importancia cualitativa que la interpretación del Tribunal Supremo ofrece en relación a la dispersión y

divergencia interpretativa que, como se ha visto, realiza la Jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales. Dicha importancia se hace especialmente significativa, sin perjuicio de que se trate de una sola Sentencia que no sienta doctrina (que solo por su carácter reiterado puede vincular a los Tribunales) por cuanto que ha sido la primera vez que dicha cuestión se ha presentado ante el Tribunal Supremo ante una positiva iniciativa promovida por el Ministerio Fiscal en interés de Ley.

Pues bien, sin perjuicio de que dicha Sentencia no aclara definitivamente la intervención de los hijos en el procedimiento de modificación o extinción de medidas (aunque su espíritu también ha de inspirar su planteamiento), puede decirse sin ningún género de dudas que el Tribunal Supremo viene a confirmar el criterio que se sustenta en este estudio.

Así por un lado se establece que el artículo 93.2 no introduce norma alguna que modifique la legitimación para ejercitar las acciones de Separación, Divorcio o Nulidad del matrimonio que se reconoce únicamente a los cónyuges (a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de Nulidad), únicos que pueden promover esta clase de procesos ejercitando aquellas acciones principales así como las acciones relativas a los llamados "efectos civiles", entre los cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien éstos no conviven frente al otro en quien no se da esa situación de convivencia.

Es decir, tal afirmación deja clara la posible duda acerca de quin ha de ser parte en los procedimientos matrimoniales, descartando la legitimación de los hijos mayores aun cuando en el procedimiento de Nulidad, Separación o Divorcio se soliciten alimentos en su favor por encontrarse conviviendo en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios. Con ello se evita la situación de una caótica intervención de unos terceros en el procedimiento, agravando la problemática familiar mediante la introducción de unos intereses ajenos a los de los propios cónyuges. Por otro lado, se vuelve a insistir, en el caso de que se entendiera necesaria esa intervención en el proceso, el resultado del mismo habría de diferenciar entre la pensión alimenticia y que pudiera destinarse al sustento del propio cónyuge que requiriese ese auxilio económico (en el supuesto de Separación), los alimentos destinados a los hijos menores y los alimentos destinados a los mayores, legitimados en el procedimiento y que han actuado en defensa de su derecho. En este caso, en ejecución se plantea un problema adicional en consonancia a esa diferenciación, puesto que únicamente podría exigir la pensión de éstos últimos, los propios hijos mayores interesados que cobrarían, dispondrían y administrarían la pensión con plena autonomía, y sin rendir cuentas al progenitor con el que conviven y a cuyo cargo se encuentran. En este supuesto, podría producirse el riesgo y la injusticia para dicho

progenitor de que el importe de esa pensión no se destinase por dicho hijo a la atención de cargas familiares sino a la cobertura de intereses propios y desconectados de sus necesidades alimenticias (por ejemplo la compra de un piso), con lo cual se le crearía a ese progenitor que ha de alimentarle, vestirle y mantenerle a diario, una situación de desprotección e injusticia material por no disponer de montante económico alguno para sufragar ese gasto.

El Tribunal Supremo ha zanjado esa posible problemática y riesgo, ya que, como se ha expuesto, declara que el único legitimado para reclamar esa pensión es el cónyuge con quien los hijos mayores conviven y quien, por tanto, la cobraría, dispondría y administraría con la obligación de invertir su importe en sus necesidades alimenticias.

Por otra parte la referida Sentencia dispone que por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección (en el sentido indicado en el artículo 24 de la Constitución y 7.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores.

Por consiguiente se fundamenta la reclamación en la situación de convivencia que tienen dichos hijos respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran.

En definitiva y concluyendo, el Tribunal Supremo con su Sentencia no hace sino confirmar que dicha pensión constituye una carga que persiste tras la crisis matrimonial, equiparando su naturaleza a la pensión alimenticia que es debida en relación a los hijos menores de edad. Criterio que naturalmente ha de inspirar, como se apuntó (y aunque el Alto Tribunal no lo recoja por no venir referido a ello el Recurso de Casación) a los procedimientos de modificación y extinción de medidas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Comentarios Código Civil* (Ministerio de Justicia).

GARCÍA CANTERO, G., *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho Español,* Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

GARCÍA VARELA; GONZÁLEZ POVEDA; LÓPEZ MUÑIZ-GOÑI, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La Ley del Divorcio, experiencias de su aplicación,* Colex, Madrid, 1993.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "A vueltas con los alimentos de los hijos mayores de edad" (estudio publicado en la Revista Civil Aranzadi de marzo de 1998).

LÓPEZ ALARCÓN, M., *El nuevo sistema matrimonial español,* Tecnos, Madrid, 1993.

MAJADA, A., *Práctica de los Procesos matrimoniales,* Bosch.

OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Partes Proceso Civil,* Madrid, Colex, 1997.

PÉREZ MARTÍN, A.J., *La ejecución de las Resoluciones dictadas en Procedimientos matrimoniales,* Lex Nova, 1992 (3.ª edición).

PONS GONZÁLEZ, M.; DEL ARCO TORRES, M.Á., *Separación, Divorcio y Nulidad matrimonial: Régimen Jurídico,* Comares, 1988.

ROCA FRÍAS, E., *Comentarios Código Civil* (Ministerio de Justicia).

VEYGA NICOLE, E., *Las pensiones contempladas en la Ley 30/1981 de 7 de julio* (Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ).

ZANÓN MASDEU, L., *El divorcio en España,* Ediciones Arcervo, Barcelona, 1981.

ZARRALUQUI, L., "Alimentos hijos mayores" (Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ).

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. RECURSO DE REPOSICIÓN EN EJECUCIÓN DEL AUTO DE MEDIDAS PREVIAS

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Auto n.º 221/1999, de 29 de noviembre.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Cruz Villalón.

Cuando se trata de recurrir una resolución judicial por razones de fondo, la exigencia de la cita del precepto que se contiene en el art. 377 de la LEC se convierte en innecesaria y carece de objeto. Por ello, en estos casos la inadmisión del recurso vulnera el art. 24.1 CE al producirse un resultado desproporcionado e injustificado derivado de una aplicación incongruente de la exigencia legal.

ANÁLISIS DEL CASO

- En procedimiento de medidas previas del artículo 104 de Código Civil, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tarancón dictó Auto el 14 de noviembre de 1997 en el que, entre otros pronunciamientos, atribuyó al ahora recurrente en amparo el uso del domicilio familiar.
- Por providencia de 4 de diciembre de 1997, el Juzgado, previa solicitud de la esposa del demandante, requirió a éste para que entregara a aquélla un juego de las llaves. Frente a esta providencia, el demandante interpuso recurso de reposición, al amparo del art. 376 LEC, fundándose esencialmente en que suponía una vulneración del artículo 18 CE.
- Por providencia de 24 de diciembre de 1997 el Juzgado rechaza de plano, sin ulterior recurso, el recurso de reposición interpuesto, de conformidad con lo previsto en el art. 377 LEC, al no haber sido citada la disposición de esta Ley que ha sido infringida.

- El demandado interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Entiende el recurrente de amparo que la providencia recurrida fue dictada como consecuencia de una interpretación rigorista y desproporcionada del art. 377 LEC que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, del que forma parte el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos cuando se cumplan los requisitos y presupuestos establecidos por las leyes procesales. A su juicio, y siguiendo la doctrina de este Tribunal a propósito de la aplicación del art. 377 LEC, cuando a través del recurso de reposición lo que se impugna no sea el incumplimiento de una norma de carácter procesal, sino la infracción de un precepto sustantivo, no puede exigirse al recurrente en reposición la cita del precepto o disposición concreta de la ley adjetiva. La providencia recurrida en amparo vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva al privar del acceso a un recurso legalmente establecido exigiendo el cumplimiento de un requisito imposible de atender.

Por su parte el Ministerio Fiscal presentó alegaciones interesando la estimación del amparo por vulnerar la resolución recurrida el derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 CE. A su juicio, existe ya una consolidada doctrina a propósito del art. 377 LEC según la cual, cuando se trata de recurrir una resolución judicial por razones de fondo, la exigencia de la cita del precepto se convierte en innecesaria y carece de objeto. Por ello, en estos casos la inadmisión del recurso vulnera el art. 24.1 CE al producirse un resultado desproporcionado e injustificado derivado de una aplicación incongruente de la exigencia legal.

El demandante invoca —señala el Tribunal Constitucional— como vulnerado el derecho de acceso a los recursos como una de las vertientes del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es éste sin duda un derecho de configuración legal en el sentido de que su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, la concurrencia de los cuales debe ser valorada en exclusiva por el órgano judicial (SSTC 58/1995, 149/1995, 142/1996, 211/1996, 76/1997, 10/1999, entre otras). Hemos dicho, en efecto, cómo el sistema de recursos "se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales" (STC 160/1996, fundamento jurídico 2.º). Ahora bien, y con independencia de que el principio *pro actione* no opere "con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, una vez que se obtiene una primera respuesta judicial a la pretensión" (SSTC 37/1995, 58/1995, entre otras), es el caso que la inadmisión de un recurso por incumplimiento de los requisitos legales puede ser objeto de revisión por parte de este Tribunal cuando la apreciación de la causa de inadmisión haya tenido lugar de forma arbitraria, inmotivada o como consecuencia de una interpretación rigorista y excesivamente formal que quiebre la proporción entre la finalidad del requisito incumplido y las consecuencias para el derecho fundamental (SSTC 162/1995, 38/1996, 160/1996, 93/1997, 112/1997, 207/1998, entre otras). Este último podría ser el caso de la inadmisión de los recursos de reposición por no citar el precepto procesal infringido, con arreglo a lo dispuesto en el art. 377 LEC, que ha sido ya objeto de numerosos pronunciamientos por parte de este Tribunal.

En efecto, una consolidada doctrina de este Tribunal señala la necesidad de interpretar el último inciso del art. 377 LEC ("...y citarse la disposición de esta Ley que haya sido infringida") de conformidad con el sentido o finalidad del precepto, de forma que, dado que cabe impugnar una resolución por razones no sólo de forma sino también de fondo, la "disposición de esta Ley" a la que se refiere el art. 377 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil sólo habrá de ser citada expresamente cuando el motivo de impugnación tenga naturaleza procesal; afirmar lo contrario significaría obligar al recurrente a citar imaginarios preceptos procesales infringidos. Por consiguiente, cuando el recurso se fundamente exclusivamente en la infracción de preceptos sustantivos, no existe obligación alguna de citar unas normas procesales que no han sido vulneradas. En tales casos, la inadmisión del recurso conculca el art. 24 CE toda vez que la exigencia de un requisito pensado para otra finalidad rompe la correspondencia entre aquélla y las consecuencias que se siguen para el derecho a la tutela judicial, produciendo un resultado desproporcionado e injustificado como consecuencia de una aplicación incongruente de la exigencia legal. Así lo hemos declarado en las SSTC 69/1987, 113/1988, 162/1990, 213/1993, 172/1995,194/1996, 199/1997, 64/1998, 10/1999, 100/1999, entre otras.

La simple aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa conduce a la estimación del presente recurso de amparo. En efecto, la providencia de inadmisión del recurso de reposición, que ahora se impugna, se fundamenta en el incumplimiento del referido requisito previsto en el art. 377 LEC. Dicho recurso combatía la anterior resolución del Juez, no por infracción de precepto procesal alguno sino por vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 CE, precepto de indudable carácter sustantivo. La inadmisión del recurso de reposición por esta causa, con arreglo a nuestra referida doctrina, produce un resultado desproporcionado e injustificado que supone una vulneración del derecho de acceso a los recursos como parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

II. PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN: PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia n.º 10/2000, de 17 de enero.

Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Emilia Casas Baamonde.

Procede declarar la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que se dictó cuando aún estaba pendiente de cumplimentarse una comisión rogatoria remitida para la acreditación del derecho extranjero.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Ch., de nacionalidad armenia, y residente en Bilbao, presentó demanda de separación matrimonial contra su esposo, también de nacionalidad arme-

nia, residente en Bilbao, y declarado posteriormente en rebeldía, solicitando el beneficio de justicia gratuita.

- Recibido a prueba el pleito, la actora propuso la documental en la aportación de un ejemplar del Código Civil de la URSS de 1987, por aquel entonces vigente en la República de Armenia, y la traducción simple al español de su Sección dedicada al Código de Familia, en concreto la relativa a la «Disolución del matrimonio», al no existir, como se indicaba por la actora civil en su escrito, intérprete jurado de ruso en Bilbao. Esta prueba también fue admitida y declarada pertinente mediante Providencia del Juzgado de 20 de septiembre de 1994. Por sendas actas de 3 de octubre de 1994 se procedió a la designación de intérprete y la aceptación de su cargo.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Bilbao dictó sentencia el 29 de junio de 1995 desestimando la demanda de separación con base en el siguiente razonamiento: «Siendo aplicable al matrimonio litigante... la legislación armenia... incumbe a la actora la prueba del derecho extranjero aplicable, tanto de su contenido como de su vigencia, extremos que no cabe considerar debidamente acreditados mediante la aportación a estos autos del Código Civil ruso y de una traducción del mismo, en relación a las cuestiones de interés en este procedimiento, pues la traducción, ni siquiera aparece firmada, amén de no acreditarse, en forma alguna, el ámbito territorial de aplicación del indicado Código». Abundaba el Juez de Primera Instancia en sus razones, señalando que dicha traducción se refería a las causas de divorcio y no de separación matrimonial, cuando eran estas últimas las invocadas por la actora civil en su demanda, y que, en consecuencia, tampoco han resultado acreditadas, sin que puedan aplicarse las del divorcio, so pena de incurrir en incongruencia.
- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora, quien solicitó el recibimiento a prueba en 2.ª Instancia con el objeto de poder acreditar el Derecho Civil extranjero aplicable, al haber considerado el Juez de Primera Instancia insuficiente su prueba. A tal fin, la apelante interesó de la Audiencia Provincial que librase el oportuno oficio al Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Armenia para que remitiese la traducción del Código de Justicia para los Ciudadanos de la URSS de 1987, Libro III, Cap. XXVI, y que certificase, a un tiempo, si dicho Código estaba en vigor en la República de Armenia y, de no ser así, que se remitiese la regulación del matrimonio y las causas de separación y divorcio del mismo vigentes en dicha República. Admitida la prueba, se cumplimentó remitiéndose la documentación interesada, advirtiendo que se enviaba en ruso, al ser imposible su traducción en ese Departamento. La Audiencia Provincial acordó proceder a su traducción, resultando ser la documentación relativa a varios Registros públicos en los que debían inscribirse deter-

minados actos y situaciones jurídicas relativos al Derecho de la persona y de familia.

- La apelante, a la vista de que no se había practicado adecuadamente la prueba solicitada «por imposibilidad material», suplicó la suspensión del señalamiento de vista hasta no se hubiera cumplimentado dicha prueba. Así se acordó mediante Providencia de 3 de julio de 1996, oficiándose nueva comisión rogatoria el 4 de julio de 1996. Dicha comisión rogatoria se extravió según diligencia de constancia extendida por el Secretario Judicial, acordándose su reproducción.
- Por Providencia de 3 de abril de 1997 se acordó traer los autos a la vista con citación de las partes para Sentencia, señalando la vista para el siguiente 20 de mayo de 1997. Dicha vista tuvo lugar en la fecha señalada, quedando constancia en su diligencia que la apelante solicitó la suspensión de la misma, en tanto no se recibiese la comisión rogatoria oficiada. La Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya con fecha 2 de junio de 1997 dictó sentencia desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia. La Audiencia Provincial argumentó que la petición de suspensión de la vista formulada por la apelante, «por no haberse practicado la prueba por dicha parte solicitada», no podía ser acogida al haber precluido el período de prueba en segunda instancia «y con creces». Añadía a renglón seguido la Sentencia que: «Esta Sala ha realizado un esfuerzo para que se cumplimentase dicha prueba. El presente procedimiento se remitió a esta Sala el 27 de octubre de 1995 y se han puesto por esta Sala todos los medios pertinentes para su realización y a pesar de ello no ha sido posible la realización de dicha prueba. En consecuencia, procede confirmar por sus propios y acertados fundamentos jurídicos la sentencia de instancia, al desconocer esta Sala las normas del derecho extranjero aplicable».
- La esposa interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional, declarando la nulidad de la sentencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

De acuerdo con lo establecido en el art. 22 de la LOPJ, los juzgados y tribunales españoles serán competentes para el conocimiento de la demanda de separación o divorcio de dos extranjeros cuando ambos cónyuges tenga su residencia habitual en nuestro país, requisito que se cumple en el presente supuesto. Respecto a las normas procesales, según lo establecido en el art. 8.2.º, las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español. En cuando al derecho sustantivo, resulta de aplicación el art. 107 del CC "La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda" y en el art. 12.6 del CC "La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba

admitidos por la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas".

Teniendo en cuenta que ambos cónyuges tenían la nacionalidad armenia, la parte actora propuso la prueba oportuna para acreditar el derecho armenio aplicable para decretar la separación, sin embargo, por cuestiones no imputables a la parte, no llegó a acreditarse en forma el derecho extranjero aplicable al caso, lo que llevó a la Audiencia Provincial a confirmar la sentencia desestimatoria dictada por el Juez de 1.ª Instancia.

La recurrente en amparo denuncia en su demanda que ambas resoluciones judiciales han lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión, en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, ya que han desestimado sus pretensiones sin entrar en el fondo del asunto como consecuencia de la frustración, sólo imputable a los órganos judiciales, de la correcta práctica de la prueba del derecho armenio aplicable al caso, dado que ambos esposos eran de nacionalidad armenia. Igualmente señalaba la recurrente que la posible dilación en la completa práctica de la prueba solicitada sobre el derecho extranjero aplicable no causaba perjuicio ni conculcaba derecho fundamental alguno, habida cuenta de que en el mismo ya se habían adoptado las oportunas medidas provisionales.

Como ya ha dicho en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional, la conexión entre los dos apartados del art. 24 CE es estrecha, pues ambos apartados reconocen a los ciudadanos derechos del más alto rango, tanto en su acceso a los órganos judiciales como en el transcurso de los procesos seguidos ante ellos con el propósito de asegurarles una efectiva tutela judicial en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (SSTC 46/1982, de 12 de julio, F. 2 y 324/1994, de 1 de diciembre, F. 2). El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, en esencia, con una respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude ante ellos para la defensa de sus intereses. Cabe, en consecuencia, constatar la vulneración de este derecho fundamental cuando se priva a su titular del acceso a la jurisdicción; cuando, personado ante ella, no obtiene respuesta; cuando, obteniendo respuesta, ésta carece de fundamento jurídico o dicho fundamento resulta arbitrario; o cuando, obteniendo respuesta jurídicamente fundamentada, el fallo judicial no se cumple (por todas, SSTC 324/1994, F. 2; 24/1999, 8 de marzo, F. 3, y las allí citadas).

En ocasiones, la respuesta del órgano judicial, aunque fundada en derecho y formalmente motivada, puede resultar viciada de raíz al resultar arbitraria por responder al mero voluntarismo del órgano judicial, actuando sin razón ni fundamento jurídico alguno (STC 160/1997, de 2 de octubre, F. 7). Tal efecto puede tener lugar cuando la actuación del órgano judicial (o su pasividad, según los casos) es la que provoca, precisamente, una efectiva denegación de Justicia, al adoptar una decisión apoyada aparentemente en las leyes procesales que rigen su proceder, pero que carece de toda razonabilidad o responde a la discrecional voluntad del órgano judicial, quien emplea la norma jurídica como pretexto para zanjar una cuestión litigiosa según su exclusivo criterio, que no por más formalmente razonada que esté, dejaría de ser contraria a las garantías del art. 24.1 y 2 CE, al soslayar, cuando menos, su obligación como Poder Público de tutelar los derechos fundamentales de quienes se ven involucrados en su proceder jurisdiccional. Este podría ser el caso de aquella situación en la que es el propio órgano judicial quien con su actitud frustra la práctica de determinada prueba de parte, que previamente ha declarado pertinente (accediendo, además, a colaborar en su consecución), con la consecuencia de impedir que quien la propuso, y solicitó su colaboración en su práctica, quede privado de un medio de prueba pertinente para su defensa, y provo-

cando con ello la desestimación de sus pedimentos.

En estos supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, pues en multitud de ocasiones ha dicho este Tribunal que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no garantiza un pronunciamiento acorde con las pretensiones de la parte, sino una resolución fundada en derecho (STC 55/1993, de 15 de febrero y ATC 148/1999, de 14 de junio). Lo decisivo es que la desestimación de la pretensión de la parte sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en derecho una efectiva denegación de Justicia (por todas, SSTC 1/1996, de 15 de enero, 217/1998, de 16 de noviembre y 183/1999, de 11 de octubre). Así puede suceder en el caso de que ese derecho fundamental previamente vulnerado haya sido el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, causando el órgano judicial indefensión a la parte al desestimar sus pretensiones por no haberlas demostrado, cuando no se pudieron acreditar, precisamente porque ese mismo órgano judicial truncó irremediablemente la correcta práctica de su prueba (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, 221/1998, de 24 de noviembre y 183/1999, de 11 de octubre). Con ello, el órgano judicial limita los derechos de defensa del demandante al frustrar los medios de prueba de los que se pretendía servir para fundar sus alegaciones por causas que sólo al propio órgano judicial son imputables, resolviendo desestimarlas, justamente, por no haberlas acreditado (SSTC 48/1984, de 4 de abril, 90/1987, de 3 de junio, 29/1990, de 26 de febrero y 138/1999, de 22 de julio, entre otras muchas).

Pues bien, la doctrina que acaba de exponerse resulta aplicable al presente recurso de amparo. La Audiencia Provincial, transcurridos apenas un mes y medio de reiterada la segunda comisión rogatoria, sin que ésta se hubiese devuelto, con la parte demandada declarada en rebeldía desde el inicio del procedimiento, sin que conste que el Ministerio Fiscal haya solicitado la celebración de la vista de la apelación o denunciado dilación alguna lesiva de los derechos de las partes en el proceso, y a pesar de tener constancia del extravío de la segunda de las comisiones rogatorias y haber acordado su reiteración, decidió no esperar más y celebrar vista, haciendo caso *omiso* de la petición de la apelante para que se suspendiese la misma y se esperase a la devolución de la comisión rogatoria so pena de causarle indefensión al no poder acreditar de otro modo el derecho aplicable a su demanda de separación.

Si bien es cierto que es doctrina de uso habitual entre los órganos judiciales ordinarios que el derecho extranjero es un «hecho» que debe ser probado por quien lo alegue, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 12.6 del Código Civil, sin que semejante interpretación y aplicación del citado precepto de la legislación civil deje de ser una cuestión de mera legalidad ordinaria ajena, en principio, a la jurisdicción de amparo, no lo es menos, sin embargo, que en el inciso final de ese mismo apartado sexto del art. 12 del Código Civil se dice que para la aplicación de ese derecho, «el juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas». Extremo que, en casos como el presente, puede trascender de la mera legalidad ordinaria en la que inicialmente debe situarse para alcanzar la decisión del órgano judicial sobre el uso de la facultad que el precepto civil le confiere relevancia constitucional a la luz del art. 24 CE, puesto que esa decisión deberá adoptarse siempre condicionada por la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial del que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento ju-

rídico español y como consecuencia de lo alegado por las partes en el litigio. En efecto, en supuestos como el presente y teniendo en cuenta sus singulares circunstancias, la acreditación del derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones, que, indudablemente, es competencia exclusiva de los órganos judiciales ordinarios.

A la vista de este cúmulo de circunstancias, es obligado considerar que la frustración de la práctica de la prueba sobre el derecho extranjero es imputable a la actitud de la Audiencia Provincial, quien no dio ninguna razón para celebrar la vista y dictar Sentencia antes de la devolución de la segunda comisión rogatoria, sin que por tal pueda tenerse el simple hecho, por otra parte evidente, de que no se pudo practicar dicha prueba como consecuencia, obviamente, de no haberse devuelto la tantas veces citada segunda comisión rogatoria. No han existido, en el caso concreto, riesgos para los derechos fundamentales de otras partes en el proceso o de terceros, que, como se sabe, pueden limitar los derechos de defensa de la parte, que pudieren estar implícitos en el fundamento de la decisión judicial (SSTC 130/1986, de 29 de octubre, 237/1988, de 13 de diciembre, 21/1989, de 31 de enero, 9/1993, de 18 de enero, 86/1994, de 14 de marzo, 196/1994, de 4 de julio, y entre las más recientes la 62/1999, de 26 de abril, 162/1999, de 27 de septiembre, y 165/1999, de 27 de septiembre y ATC 14/1999, de 25 de enero). Por lo demás, este Tribunal ya ha declarado que no puede frustrarse la práctica de una prueba apelando «a intereses indudablemente dignos de tutela, pero de rango subordinado», como la más eficaz y pronta resolución de los procesos judiciales (SSTC 51/1985, de 10 de abril, F. 9; 158/1989, de 5 de octubre, F. 4 y 33/1992, de 18 de marzo, F. 5), a lo que parece apuntar la Providencia de la Audiencia Provincial de 21 de febrero de 1997 por la que se acordó reiterar la comisión rogatoria extraviada en el Ministerio de Justicia, al tiempo que se dejaba pendiente de señalamiento la apelación, «dado el tiempo transcurrido».

Por otra parte, no cabe la menor duda sobre la diligencia mostrada por la recurrente de amparo en su pretensión de probar el Derecho armenio aplicable por imperativa remisión del art. 107 del Código Civil (en relación con el art. 9.2 del propio Código Civil), quien aportó un principio de prueba de ese derecho corroborado por los resultados de las sucesivas diligencias practicadas; sin olvidar que las comisiones rogatorias oficiadas por la Audiencia Provincial lo fueron a instancia de la señora Ch., quien solicitó en la vista de la apelación la suspensión de la misma hasta que no se hubiese devuelto la segunda de ellas. Debe, además, repararse en la circunstancia de que, en este caso, la prueba, cuya acabada práctica resultó frustrada al no disponer de la traducción del derecho extranjero aplicable al caso, no lo es en puridad sobre hechos, sino sobre normas jurídicas y en que, además, la aplicación al caso de ese peculiar «hecho» en que convierte el Código Civil al derecho extranjero no proviene del alegato de la señora Ch., sino de la remisión del art. 107 del Código Civil (en relación con su art. 9.2), por lo que, propiamente, no se trataba en el caso concreto de que la recurrente probase lo alegado por ella (la aplicación al caso del Derecho armenio), sino de la acreditación del derecho aplicable al caso por imperativo del mencionado art. 107 del Código Civil, lo que, a la luz de las garantías contenidas en el art. 24.1 CE, hubiese exigido de los órganos judiciales, y dadas las singularidades del caso de autos, una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba, sin que en momento alguno del procedimiento se dé razón de por qué no se acudió a otras medidas complementarias, habida cuenta de la facultad que el propio art. 12.6 «in fine» del Código Civil confiere a los órganos judiciales.

Igualmente resulta obvio que la frustrada práctica de la prueba del Derecho armenio deparó perjuicios a la demandante de amparo, ya que la imposibilidad de acreditar ese derecho, imposibilidad ocasionada por la inmotivada decisión de la Audiencia Provincial de no esperar al resultado de la segunda comisión rogatoria antes de dar por concluso el procedimiento y visto para Sentencia, ha sido la causa de la desestimación de su demanda.

Así pues, no cabe sino concluir que la Audiencia Provincial no sólo ha frustrado la práctica de una prueba decisiva para el sostenimiento de la pretensión de la recurrente en amparo (práctica en la que había acordado, a instancia de la recurrente, colaborar para su consecución), lo que de suyo ha lesionado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) de la señora Ch., sino que, además, causándole indefensión (art. 24.1 CE), desestimó su demanda de separación a consecuencia, precisamente, de la frustración de dicha prueba, sólo imputable al órgano judicial. Por ello, debe estimarse el presente recurso de amparo y anular la Sentencia de apelación, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la Providencia de 21 de febrero de 1997 por la que se acordó reiterar la comisión rogatoria oficiada y dejar pendiente de señalamiento la apelación en cuestión, sin que este Tribunal deba indicarle a la Audiencia Provincial las medidas que deba adoptar con el objeto de llevar a su fin la inconclusa práctica de la prueba del derecho extranjero, tal y como pide la recurrente en el suplico de su demanda de amparo.

III. EMBARGO DE CUENTAS DE UN CÓNYUGE POR DEUDAS TRIBUTARIAS Y SANCIONES

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 36/2000, de 14 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.

No se han vulnerado los derechos constitucionales consagrados en los arts. 14, 24 y 25 de la Constitución española por haberse embargado unas cuentas de la esposa tras una ejecución tributaria seguida exclusivamente contra el esposo por deudas generadas por inspección fiscal del IRPF.

ANÁLISIS DEL CASO

- En 1987 doña María y don Juan se encontraban casados en régimen de gananciales. Tras una actuación de comprobación e investigación tributaria seguida exclusivamente contra el esposo la Inspección de Hacienda expidió cinco actas por el concepto IRPF de los ejercicios 1981 a 1985, firmadas de conformidad sólo por aquél.

- Transcurrido el plazo voluntario de ingreso sin que don Juan hiciera efectivo el pago de la deuda tributaria, se inició el período ejecutivo notificándose sólo a él la correspondiente providencia de apremio.
- Una vez finalizado el período ejecutivo de ingreso se ordenó el embargo sobre tres cuentas bancarias de la esposa con el fin de proceder al cobro de la totalidad de las deudas tributarias, intereses de demora, recargo de apremio y también de las sanciones (aceptadas de conformidad por el esposo de la recurrente y consentidas por éste, por no impugnadas).
- D.ª María interpuso recursos de reposición contra las citadas diligencias de embargo que fueron desestimados. Posteriormente se interpusieron recursos contencioso administrativos que fueron igualmente desestimados; pese a reconocer el tribunal que todas las actuaciones de la Hacienda Pública (actas de inspección, liquidación tributaria, providencia de apremio, etc.) se llevaron a efecto exclusivamente con el esposo de la recurrente, desestimó la demanda con fundamento, en esencia, en dos razonamientos: en primer lugar, porque, pese a la ausencia de notificación formal de los citados actos a la recurrente en amparo, no se produjo indefensión material, dado que ésta conocía las actuaciones de la Administración, como se deduce de la existencia de ciertas maniobras de ambos esposos (en concreto, la venta de la vivienda familiar y el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes) realizadas tras la inspección tributaria seguida con don Juan y tendentes a sustraer su patrimonio de la acción recaudatoria del Estado; en segundo lugar, porque pese a que este Tribunal declaró nulos los arts. 4.2 y 31.2 de la Ley 44/1978 en la STC 45/1989, dando origen a la nueva Ley 20/1989 del IRPF, la citada Ley no resulta de aplicación "ya que las liquidaciones apremiadas no fueron objeto de impugnación, por lo que devinieron firmes".
- Consta en las actuaciones que después de iniciarse por la Administración Tributaria el procedimiento de comprobación respecto de don Juan, el 26 de marzo de 1987 éste y su esposa, la demandante de amparo doña Dolores, otorgaron escritura pública de venta de la vivienda familiar, a favor de los padres del primero, y el 30 del propio mes y año otorgaron capitulaciones matrimoniales, estableciendo el régimen de separación de bienes. Con fecha 23 de marzo de 1991 se interpuso juicio declarativo de menor cuantía contra don Juan y su esposa doña Dolores y los padres del primero, en ejercicio de la acción de nulidad de la compraventa del inmueble referido por simulación absoluta y falta de causa, o subsidiariamente la de rescisión de la venta por haberse realizado en fraude de acreedores, recayendo Sentencia por la que se estimaba íntegramente la demanda, declarando la nulidad de dicha compraventa, confirmada íntegramente en apelación por Sentencia de 30 de diciembre de 1992. Por otra parte, las capitulaciones matrimoniales antes referidas fueron declaradas en fraude de acreedores por

Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real el 29 de julio de 1994 en juicio declarativo ordinario de menor cuantía, en ejercicio de tercería de dominio.

- D.ª María interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La recurrente entiende que se han vulnero los artículos 14, 24 y 25 de la Constitución por las siguientes alegaciones:

a) Art. 24 CE (Derecho a obtener la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales sin que en ningún caso se produzca indefensión). La infracción se habría producido como consecuencia del embargo al haberse seguido la inspección, la liquidación, el expediente sancionador y el procedimiento de apremio exclusivamente con su esposo. La falta de notificación de las actuaciones de comprobación e investigación, de la oportuna liquidación y del título ejecutivo, así como la ausencia de cualquier expediente sancionador y de un acto de derivación de responsabilidad, en fin, supondrían una vulneración flagrante del principio de tutela judicial efectiva al impedir que, en todas y cada una de las citadas instancias, la actora pudiera alegar, mediante el preceptivo trámite de audiencia, lo que a su derecho convenía, causándosele, por tanto, indefensión.

b) Art. 25 CE (Personalidad de la sanción). Por haberse hecho responsable a la demandante de unas sanciones, en principio impuestas a su esposo y aceptadas por éste, sin haber seguido el preceptivo procedimiento sancionador con las garantías que la Constitución exige, en el que, en fin, se deje clara constancia de su participación en los hechos tipificados como infracción y en el grado de culpabilidad precisa para ser objeto de sanción. Esta responsabilidad respecto de las sanciones, además, se habría derivado al amparo del antes citado art. 31.4 de la Ley 44/1978, en su redacción dada por la Ley 20/1989, que fue declarado inconstitucional por la STC 146/1994.

c) Art. 14 CE (Derecho fundamental a la igualdad). En primer lugar, porque la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha impugnada contradice varios pronunciamientos sobre la misma cuestión emanados de otros Tribunales (la demanda cita sentencias del Tribunal Supremo, de la Audiencia Territorial de Granada, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia y el Tribunal Económico-Administrativo Central); dicha contradicción se produciría especialmente con la STS de 29 de septiembre de 1995. En segundo lugar, porque se hace responsable a la demandante de una cuota tributaria —y de una serie de componentes de la deuda tributaria determinados en función de dicha cuota (intereses de demora, recargos, sanciones)— fijada conforme a unos preceptos de la Ley 44/1978 declarados nulos en la STC 45/1989, por contradecir el principio de igualdad. Por todo lo expuesto, la recurrente solicita el otorgamiento del amparo y, en consecuencia, que se anulen los embargos practicados por los servicios de recaudación de la Administración de Hacienda sobre las cuentas bancarias de su titularidad, así como, en tanto que estimaron ajustados a Derecho dichos embargos, las Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla-La Mancha y las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de la recurrente.

Por su parte, el Abogado del Estado se opone a la pretensión de amparo. A su juicio, la infracción del art. 14 CE que se atribuye a la aplicación de actos administrativos dictados conforme a normas declaradas inconstitucionales no ha sido invocada en la vía judicial previa, por lo que, en virtud de los arts. 43.1 y 44.1.c) LOTC, no puede admitirse; tampoco cree que pueda estimarse la vulneración del principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley que se achaca a las resoluciones cuestionadas, dado que la Sentencia ofrecida como término de comparación, ni proviene del mismo órgano judicial, ni resuelve idéntico asunto. También se habría respetado, según la representación estatal, el art. 24.1 CE: en primer lugar, porque la demandada ha obtenido resoluciones fundadas en Derecho en las que se desestimaron los recursos instados al considerar, con base en la participación de la actora en ciertas maniobras fraudulentas, que ésta tuvo pleno conocimiento de los procedimientos de inspección, liquidación y apremio seguidos con el marido; en segundo lugar, porque ni el derecho a obtener la tutela judicial efectiva resulta aplicable a los citados procedimientos, ni, habiéndose impuesto las sanciones exclusivamente al marido de la recurrente, era preciso dar audiencia a ésta en el expediente sancionador. En fin, frente a lo razonado en vía económico-administrativa y judicial, entiende el Abogado del Estado que no habría existido responsabilidad solidaria de la demandante de amparo respecto de las sanciones sino únicamente la ejecución forzosa de éstas con dinero presuntivamente ganancial, por lo que no habría existido la denunciada violación del art. 25 CE.

El Ministerio Fiscal, en cambio, considera que se ha vulnerado el principio de personalidad de la sanción al haber alcanzado el embargo de las cuentas corrientes de la demandante de amparo a las sanciones impuestas a su esposo, en virtud de la aplicación de un precepto que fue declarado inconstitucional por la STC 146/1994; Sentencia ésta que, aunque carezca de efectos respecto de las situaciones consolidadas conforme a su FJ 8, a su juicio, en virtud de una "hermenéutica flexible", debe entenderse que resulta aplicable a las liquidaciones apremiadas al haber impugnado la actora las diligencias de embargo en todas las instancias. Por otro lado, la estimación del amparo por vulneración del art. 25 CE, según el Ministerio Público, implicaría la necesidad de que se practicara y notificara a la recurrente una nueva liquidación en la que se excluyera el importe de las sanciones, quedando resuelta de este modo la invocada quiebra del art. 24.2 CE. Por lo que se refiere a la hipotética lesión del art. 14 CE considera que, amén de que no puede acogerse por falta de un *tertium comparationis* válido, aquélla quedaría solventada con el amparo que se solicita.

Respecto a la vulneración del principio de igualdad señala el Tribunal Constitucional que por lo que se refiere a la presunta contradicción de las diligencias de embargo con el art. 14 CE, entiende el Abogado del Estado que concurre la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 44.1.c) LOTC, en relación con el art. 43.1 LOTC, en virtud del cual es preciso que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado tan pronto, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello. Requisito este que, como venimos señalando, no constituye un mero formalismo retórico o inútil, sino que tiene como doble finalidad, de un lado, que los órganos judiciales tengan oportunidad para pronunciarse sobre la violación constitucional, haciendo posible el respeto y restablecimiento del derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria, y de otro, preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, que resultaría desvirtuado si con el mismo se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciar-

se a los órganos de la jurisdicción ordinaria (entre las últimas, SSTC 134/1998, de 29 de junio, FJ 1; 137/1999, de 22 de julio, FJ 1; 153/1999, de 14 de septiembre, FJ 2; y 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 3). Pues bien, a la vista de las actuaciones debe apreciarse la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado, dado que, en efecto, en los escritos mediante los que la recurrente formuló las demandas (ambos fechados el 7 de noviembre de 1994) y las conclusiones (ambos de 6 de abril de 1995) en los recursos contencioso-administrativos núms. 871/94 y 983/94, aparece claramente que ésta no invocó en los mismos la vulneración del art. 14 CE, de modo que, no habiendo permitido al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha pronunciarse sobre si concurre esta infracción constitucional se ha acudido, en lo que a esta concreta alegación se refiere, al recurso de amparo constitucional *per saltum,* desconociendo el carácter subsidiario que es propio de este proceso constitucional.

Por otro lado, es evidente que tampoco ha existido la desigualdad en la aplicación judicial de la ley que invoca la demanda de amparo. Además de que no se aprecia en las decisiones que aporta como término de comparación la identidad sustancial de supuestos precisa para ilustrar la diferencia de trato que se denuncia, ninguna de ellas ha sido dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha; y conforme a constante jurisprudencia de este Tribunal, lo que constituye un indicio de discriminación vetada por el artículo 14 CE es que un mismo órgano judicial se aparte, sin fundamentación suficiente, del criterio mantenido con regularidad en sus decisiones anteriores, pero no que contradiga los criterios contenidos en una resolución de un órgano distinto, posibilidad esta que resulta constitucionalmente legítima en virtud del artículo 117.1 CE (entre otras, SSTC 134/1991, de 17 de junio, FJ 2; 245/1994, de 15 de septiembre, FJ 3; 34/1995, de 6 de febrero, FJ 1; y 104/1996, de 11 de junio, FJ 2).

En cuanto a la supuesta vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, sin que, en ningún caso, se produzca indefensión, que, según la solicitante de amparo, habría tenido lugar al proceder la Administración de Hacienda de Ciudad Real al embargo de cuentas bancarias de su titularidad para el cobro de deudas tributarias derivadas de actas de inspección firmadas de conformidad únicamente por su esposo, sin que a aquélla se le notificaran las actuaciones de comprobación e investigación, las liquidaciones tributarias, los títulos ejecutivos, el acto de derivación de responsabilidad y el expediente sancionador.

Centrado el análisis en la denunciada vulneración del art. 24.1 CE en el seno de procedimientos administrativos de gestión (liquidación y recaudación), debemos recordar, con el Abogado del Estado, que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, "el derecho a la tutela judicial, en cuanto es el poder jurídico que tienen los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto, tiene su lugar propio de satisfacción en un proceso judicial", de manera que "son los Jueces y Tribunales los que han de otorgar la tutela judicial efectiva y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar su violación" (STC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 3; en el mismo sentido, STC 26/1983, de 13 de abril, FJ 1; AATC 263/1984, de 2 de mayo, FJ 1; 664/1984, de 7 de noviembre, FJ 1; y 104/1990, de 9 de marzo, FJ 2). Ciertamente, este Tribunal ha destacado también la posibilidad de que el art. 24.1 CE resulte vulnerado por actos dictados por órganos no judiciales, pero sólo "en aquellos casos que no se permita al interesado, o se le dificulte, el acceso a los Tribunales" (STC 197/1988, FJ 3; igualmente, SSTC 90/1985, de 22 de julio, FJ 4, 243/1988, de 19 de diciembre, FJ 2, y 123/1987, de 1 de julio, FJ 6).

Y resulta evidente en el caso enjuiciado que las actuaciones de la Inspección de Tributos del Estado —*rectius,* la ausencia de

actuaciones de comprobación, liquidación y recaudación en relación con la ahora demandante de amparo—, no sólo no impidieron, sino que tampoco obstaculizaron de manera alguna el derecho de la Sra. Serrano Moreno a impetrar el auxilio de los órganos de la jurisdicción, como lo demuestra la misma existencia de las Sentencias de 31 de enero y 22 de marzo de 1996, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que se pronunciaron sobre todas las pretensiones de la actora, aunque desestimándolas. Con lo que el derecho fundamental, cuya vulneración se alega, tuvo plena efectividad en el caso, sin que desde la perspectiva que corresponde a ese derecho tengan transcendencia las irregularidades acaecidas en el plano de la legalidad ordinaria, cuyo análisis, por tanto, debemos eludir, resultando, por lo demás, plenamente convincentes las argumentaciones de la Sentencia recurrida, a los efectos de excluir la existencia de indefensión de la demandante.

De las actuaciones, sin embargo, se deduce que el embargo de las cuentas bancarias de la demandante de amparo alcanzó, no sólo al importe de la cuota, los intereses de demora y el recargo de apremio, sino también al de las sanciones que se impusieron a su esposo, circunstancia ésta que, según la demanda, resultaría contraria al principio de personalidad de la pena o sanción que deriva del art. 25.1 CE.

Conviene poner de manifiesto que, como advierte el Abogado del Estado, de las actuaciones administrativas se deduce claramente que las sanciones pecuniarias derivadas de las actas de inspección firmadas de conformidad por el esposo de la recurrente se impusieron únicamente a él. Fue únicamente a D. Juan, efectivamente, a quien se consideró responsable de las infracciones detectadas en las declaraciones conjuntas del IRPF de los ejercicios 1981 a 1985, razón por la cual, precisamente, sólo con él siguió el expediente sancionador (que, hasta la vigencia de la Ley 1/1998, se confundía con el de comprobación) y, en fin, exclusivamente a él se le notificó (como, hasta la citada Ley 1/1998 era de rigor, en la misma liquidación tributaria) la resolución sancionadora.

Hecha la anterior precisión, lo trascendente a efectos de la resolución del presente recurso de amparo es que la razón de que se cobrara también las sanciones con las cuentas corrientes de la demandante, no fue la aplicación del art. 3.4 de la Ley 44/1978, o del art. 31.4 de dicha Ley, en su redacción dada por la Ley 20/1989 —lo que, desde luego, hubiera incurrido en manifiesta vulneración del principio de personalidad de la pena o sanción—, sino simplemente, la circunstancia de que se considerara que las cuentas corrientes embargadas, siendo de la titularidad de la demandante (en algún caso, aparecía también como cotitular alguno de sus familiares), contienen patrimonio ganancial que, como tal, de acuerdo con la normativa civil (art. 1373 CC), responde de las deudas propias (así hay que considerar a las sanciones, de acuerdo con el art. 1366 CC) de cada uno de los esposos.

Es cierto que de las actuaciones se deduce que, justamente después de iniciarse las de comprobación acerca de don Juan (concretamente el 26 de marzo de 1987), los esposos otorgaron escritura pública de venta de la vivienda familiar en favor de los padres de este último, y —lo que resulta aún más importante— que sólo unos días después (el 30 de marzo de 1987) otorgaron capitulaciones matrimoniales por las que se pactaba el régimen de separación de bienes. Pero también se desprende de los autos que los citados negocios, en particular, por lo que aquí interesa, las capitulaciones matrimoniales, fueron declaradas en fraude de acreedores (arts. 1111 CC) y, por tanto, anuladas (art. 1291.3 CC), por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real de 29 de julio de 1994, confirmada en apelación por la Sentencia de la Audiencia Provincial de 30 de diciembre del mismo

año. Cuando se procedió al embargo de las cuentas corrientes, pues, la Unidad de Recaudación de la Administración de Hacienda de Ciudad Real consideró, conforme a la presunción de ganancialidad —restablecida por las citadas resoluciones judiciales— que declara el art. 1361 CC, que el patrimonio en ellas depositado correspondía a ambos esposos. Cabía a la demandante, desde luego, en virtud de dicho precepto, destruir tal presunción, mediante la prueba de que el dinero que figuraba en las cuentas corrientes embargadas le pertenecía privativamente; como señala el Abogado del Estado, podía también la recurrente en amparo haber promovido la correspondiente tercería de dominio en el procedimiento de apremio (arts. 171 y ss. RGR); e incluso le cabía proceder conforme al art. 1373 CC, en virtud del cual, aunque, cuando los bienes privativos de un cónyuge no sean suficientes para hacer efectivas sus deudas propias, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, éste será "inmediatamente notificado al otro cónyuge", quien "podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla". Y si así no se procedió —nada hay en las actuaciones que permita llegar tal conclusión—, no ha sido más que como consecuencia de su negligencia o impericia que, como hemos recordado antes, carecen de protección constitucional. En definitiva, como señala el Abogado del Estado, una cosa es que, en virtud del principio de personalidad de la pena o sanción establecido en el art. 25 CE, no se pueda imponer una sanción pecuniaria a quien no aparece como responsable de la misma, y otra muy distinta que, como aquí ha sucedido, no se pueda proceder al cobro de la misma con bienes del cónyuge del sujeto infractor si, de conformidad con las normas reguladoras del régimen patrimonial del matrimonio, aquéllos aparecen como gananciales.

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

1. *Eficacia del reconocimiento morfológico del menor y de la persona a quien se reclama su paternidad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de junio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Declaración de paternidad en base a la negativa a la práctica de la prueba unida al reconocimiento morfológico y a la posibilidad cronológica en que las partes hubieran podido realizar los actos necesarios para la concepción.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Amalia, en su nombre y en el de su hijo menor, interpuso demanda de menor cuantía contra D. José Francisco solicitando que se dictase sentencia por la que se declare la filiación extramatrimonial del menor José Antonio como hijo de D. José Francisco, se fije el orden sobre los apellidos que el menor ostentará en el futuro, declarándose los derechos sucesorios totales que le han de asistir y se establezca una pensión alimenticia de 80.000 pts. mensuales.
- El Juzgado de Primera Instancia de Llerena dictó sentencia con fecha 9 de febrero de 1994 estimando íntegramente la demanda supeditando la determinación cuantitativa por este concepto a la fase de ejecución de sentencia,

sobre la base de la capacidad económica del padre y de la madre y de las necesidades del menor.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Badajoz confirmó la sentencia de instancia aunque revocó en parte dicha resolución en cuanto a la decisión adoptada de imponer las costas de la primera instancia a la parte demandada que queda sin efecto, debiendo abonar cada una de ellas las causadas a su instancia y las comunes por mitad y sin declaración sobre las costas causadas en la alzada.
- D. José Francisco interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente fundamenta su impugnación realizando un ataque a la actividad hermenéutica realizada por la Sala de instancia intentando llegar a unas conclusiones distintas y desde luego que le son absolutamente favorables para su pretensión absolutoria.

El recurrido se ha negado tajantemente a la práctica de la prueba hematológica tendente a la comprobación o no de su presunta paternidad, y en este sentido es conocida y pacífica la doctrina de esta Sala que dice que dada la ausencia de precepto legal alguno que autorice a practicar por la fuerza esta prueba pericial; y aunque no deba concedérsele a tal negativa injustificada el valor de una *ficta confessio* —en puridad terminológica *ficta pericia*—, como además no existe enlace preciso y directo necesario para encuadrarla dentro de la presunción como medio probatorio, sólo queda valorarla como «un indicio muy cualificado» que en unión del conjunto de otras pruebas, pueda llevar al ánimo del Tribunal la convicción de la paternidad postulada (SS. de 20 de julio de 1990, 21 de octubre de 1994 y 24 de junio de 1996, entre otras). Pues bien, en el presente caso —señala el Tribunal Supremo— además de la referida negativa, que supone tal indicio muy cualificado, hay otras pruebas que coadyuvan a configurar una realidad virtual de paternidad; como es el reconocimiento morfológico efectuado el 23 de noviembre de 1993, cuyas conclusiones son muy esclarecedoras como para determinar «que existen rasgos y características de José Antonio que no están patentes en su madre y sí lo están en José Francisco», a lo que hay que unir la comprobación efectiva de la posibilidad cronológica en que las partes de esta litis hubieran podido realizar los actos necesarios para la concepción.

Por otro lado señala el recurrente que en la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente el artículo 135 *in fine* en relación al artículo 127, ambos del Código Civil, así como el artículo 39.2 de la Constitución Española. El motivo vuelve a ser desestimado por el Tribunal Supremo en base a la siguiente argumentación: Efectivamente en el presente caso, más que una subversión del artículo 39.2 de la Constitución Española acaecida en la sentencia recurrida, se ha procurado hacer prevalecer, en la misma, su mandato, obstaculizado por la negativa del recurrente a realizar la prueba biológica pertinente, ya que con dicha conducta omisiva ha procurado que no se reconozcan los intereses sociales y de orden público que informan las declaraciones de paternidad, de las que dependen los derechos personales y patrimoniales de los hijos, los que deben ser protegidos absolutamente y ser iguales ante la ley con independencia de su filiación matrimonial o extramatrimonial. Y se dice que

ha existido tal obstaculización por parte del recurrente, desde el instante mismo que sus alegaciones para basar tal negativa son absolutamente inaceptables, sobre todo desde la perspectiva de su profesión de médico, que le hace conocer la práctica inocuidad en la realización de tales pruebas biológicas; asimismo hay que calificar de pueriles los efectos que dice se producirían en el medio social en el que está inmersa la realización de las mismas, así como la imposibilidad laboral de obtener unas horas para ello. Y si estima que su familia actual puede verse atacada en su sensibilidad por la declaración de la paternidad cuestionada, mayor entidad tendría el daño moral causado al hijo extramatrimonial.

Por último señala el recurrente que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 127.2 del Código Civil. En este sentido indica el Tribunal Supremo que es reiterado el criterio de esta Sala conforme al cual el artículo 127.2, norma procesal incluida en el Código Civil, sólo establece un filtro para impedir demandas absolutamente infundadas o caprichosas en que no haya un principio de prueba, y principio de prueba lo constituye la declaración, bien que unilateral y no sujeta a contradicción por efectuarse extrajudicial, de dos personas aptas para atestiguar. Y que en modo alguno puede hablar de indefensión quien tiene a su alcance todos los medios que el derecho le proporciona para oponerse a la demanda (S. de 28 de abril de 1994). Asimismo el requisito procesal del artículo 127.2 del Código Civil constituye un elemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39 de la Constitución Española (por todas, la Sentencia de 20 de octubre de 1993). Y estas características son las que tiene la prueba preconstituida incluida en la demanda del que este recurso trae causa, por lo que el motivo, como ya se ha dicho, debe decaer.

2. *Reclamación de paternidad. Prueba biológica. Fijación de alimentos.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 31 de octubre de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

No es necesaria la ratificación de la prueba biológica practicada por el Instituto Anatómico Forense. Imposibilidad de que el padre biológico pueda hacer uso de la opción en la prestación de alimentos que se regula en el art. 149 del CC. Criterio para actualizar la pensión alimenticia.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Luis presentó ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 2 de noviembre de 1995 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.ª) dimanante de los autos del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Sevilla.

- Entregadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste emitió un dictamen contrario a la admisión de los motivos primero y tercero por carecer manifiestamente de fundamento.
- El Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación.

COMENTARIO DEL AUTO

Tres son las cuestiones que se suscitan en la resolución que inadmite el recurso de casación interpuesto por el que, según las sentencias de primera y segunda instancia, es el padre biológico del menor.

a) Falta de ratificación del informe de la prueba pericial.

Entiende el recurrente que se ha quebrantado del art. 628 LEC —"las partes y sus recurrentes podrán solicitar, en el acto de la declaración o ratificación, que el Juez exija al perito o peritos las explicaciones oportunas para el esclarecimiento de los hechos"— al no haberse producido la ratificación del informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología en relación a la prueba pericial biológica practicada en primera instancia. A Tal efecto señala el Tribunal Supremo que es evidente que no es precisa tal ratificación, ya que dicho informe debe considerarse comprendido en el art. 631 LEC, para el que la misma Ley no exige ratificación, por lo que no puede hablarse, como se hace en el motivo, de contradicción entre la LEC y los RRDD 1789/1967 y 833/1983 que específicamente eximen de ratificación los informes de dicho Instituto, aparte de que no puede entenderse producida indefensión para la parte, como exige el inciso final del ordinal 3.º del art. 1692 LEC para que prospere el motivo en él contemplado, porque, como tiene declarado esta Sala, «no ofrece duda la objetividad, imparcialidad y rigor científico del Instituto Nacional de Toxicología» (STS 28-4-1993), cuya intervención «si algo añade es fiabilidad y seguridad en el resultado, a más de rapidez y economía procesal» (STS 27-1-1993 y en el mismo sentido, STS 29-11-1995, todas ellas sobre supuestos en los que el informe tampoco había sido ratificado). Además, en el presente caso la parte recurrente, al evacuar el trámite del art. 342 LECiv, se limitó a pedir sin más la ratificación del informe, omitiendo cualquier razonamiento acerca de por qué la consideraba necesaria, razonamientos que en cambio sí incluye en el motivo a modo de cuestiones nuevas inadmisibles en casación.

b) Opción de prestar los alimentos recibiendo al menor en su propio domicilio.

Alega el recurrente que se ha infringido el art. 149 CC —"El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa a quien tiene derecho a ellos", al no habérsele otorgado la posibilidad de mantener en su casa a la menor alimentista en vez de pagar la pensión fijada, tal como permite el precepto invocado. A ello responde el Tribunal Supremo indicando que es reiterada la doctrina de esta Sala según la cual ese derecho de opción está subordinado a la condición de que no exista estorbo alguno, ni legal ni moral, para que el alimentista pueda ser trasladado a casa del alimentante (así, SSTS 12-2-1982, 15-2-1983, 2-12-1983 y 25-11-1985, entre otras), siendo evidente tal obstáculo en el presente caso, pues el declarado padre está actualmente casado en segundas nupcias, por lo que de acceder a su solicitud se estaría privando de hecho a la madre de la patria potestad sobre su hija, apartándola de su lado con todas las consecuencias negativas que ello conlleva y se

vulneraría además el art. 111.2.º CC, que excluye de la patria potestad y demás funciones tuitivas al progenitor del hijo cuya filiación haya sido determinada judicialmente contra su oposición, como ocurre en este supuesto.

c) Índice para actualizar la pensión alimenticia.

Por último alega el recurrente la infracción del art. 147 CC por haberse establecido en la sentencia la actualización anual de la pensión fijada mediante la aplicación del Índice del Instituto Nacional de Estadística, lo que según el recurrente choca con lo dispuesto en el referido precepto que establece un sistema específico de actualización de la deuda alimenticia que nada tiene que ver con los índices que publique el citado Organismo, a lo que debe objetarse que una cosa es la elevación o reducción de la cantidad fijada como pensión en los supuestos a los que se refiere el art. 147 CC y otra es la actualización de la misma (que puede consistir en una disminución en los supuestos de deflación) para adecuar el importe de lo fijado en la sentencia al poder adquisitivo de la moneda, «de modo que el alimentista acreedor reciba mediante las prestaciones sucesivas una suma dineraria con el valor real que tenía la cantidad en la fecha en que fue establecida» (STS 11-10-1982), que es lo que correctamente ha establecido la sentencia recurrida pues «la prestación de alimentos tiene las notas propias de una deuda de valor, que como tal autoriza las medidas de protección frente a las alteraciones monetarias, ya que en la deuda alimenticia no debe regir el principio nominalista del dinero» (STS 9-10-1981).

3. *Citación para la práctica de la prueba pericial biológica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 6 de julio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

No se aprecia que fuese defectuosa la citación para la práctica de la prueba pericial biológica cuando la providencia fue notificada a los procuradores de las partes, se remitió por acuse de recibo al demandado y la providencia que acordaba anular su práctica ante la incomparecencia del demandado ante el Instituto de Toxicología también fue notificada a las partes sin que hiciese manifestación alguna.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Antonio presentó ante esta la Sala 1.ª del TS escrito de interposición de recurso de casación contra la Sentencia dictada con fecha 13 de octubre de 1997 por la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.ª) dimanante de autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Quintanar de la Orden.

- Entregadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste las ha devuelto con dictamen contrario a la admisión del recurso por carecer manifiestamente de fundamento (art. 1710.1.3.ª LECiv), «ya que en el mismo se contradicen abiertamente los hechos acreditados por el Tribunal de instancia, que confirma en su integridad la sentencia de primer grado; sin que se aprecie indefensión alguna para el hoy recurrente».
- El Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación.

COMENTARIO DEL AUTO

Con carácter previo a examinar los motivos de casación alegados por el recurrente, el Tribunal Supremo reseña la doctrina de la Sala en cuatro cuestiones:

— Indefensión por quebrantamiento de las formas esenciales que rigen los actos procesales. La indefensión que exige el motivo consistente en el quebrantamiento de forma esencial por haberse infringido norma rectora de actos o garantías procesales, indefensión cuya proscripción consagra el art. 24.1 de la CE, ha de ser no meramente formal sino material, real y efectiva, que impone en quien la alega la observancia de la debida diligencia en el proceso y que, consecuentemente, proscribe la desidia, el desinterés, la inactividad y la negligencia de quien la invoca (cfr. SSTC 178/1995, 18/1996, 137/1996, 99/1997, 140/1997 y 44/1998, entre otras muchas), lo que conlleva que para que pueda hacerse valer en casación es preciso que el recurrente haya promovido la correspondiente subsanación de la falta en la instancia (art. 1693 LECiv).

— Realización de los actos procesales de comunicación. Si bien tanto la doctrina de esta Sala como la del Tribunal Constitucional ha venido insistiendo en la importancia de la efectividad de los actos de comunicación abogando por la necesidad de la notificación personal a los llamados al proceso o a la realización de un determinado acto procesal, también se ha afirmado que la defectuosa práctica de los trámites procesales tan sólo presenta relevancia, por causar efectiva indefensión, cuando la parte mantiene una actitud diligente, pues no puede denunciar indefensión quien por su actitud pasiva o negligente coadyuvó a su producción pudiendo comparecer y tomar parte en el proceso, fase o acto procesal correspondiente por haber tenido o haber debido tener conocimiento de ellos (SSTC 86/1998, 118/1997 y 32/1999).

— Derecho a la utilización de los medios de prueba. En lo que se refiere al derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa que asimismo consagra el art. 24 CE, se ha destacado, de un lado, su carácter de derecho de configuración legal que determina que su ejercicio haya de someterse a los requisitos de tiempo y forma previstos por las leyes, de manera que no se menoscaba el derecho cuando la inadmisión de una prueba o el rechazo de una parte de ella se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda (STC 52/1998, que cita las SSTC 1/1996, 167/1988, 212/1990, 87/1992 y 94/1992), siempre en el entendido de que la decisión corresponde al Juez o Tribunal, pero no de una manera arbitraria sino motivada; y de otro lado se ha puesto de relieve la relación de instrumentalidad en la que se encuentra respecto del derecho a no sufrir indefensión, de forma que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su prác-

tica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material relevante, ya que, como indica la STC 217/1998 el dato esencia es que la inadmisión total o parcial del medio de prueba haya supuesto una efectiva indefensión material, que se produce por ser la prueba propuesta decisiva en términos de defensa y, por lo tanto, transcendente de cara a la resolución del pleito (SSTC 205/1991, 139/1994 y 164/1996, 198/1997, 100/1998 y 218/1998, entre otras).

— Prueba de los hechos determinantes de la filiación. El Tribunal Supremo ha ido acuñando una consolidada doctrina al enfrentarse a la cuestión de la prueba de los hechos determinantes de la filiación, siempre teniendo presente la doctrina que cabe extraer de la STC 7/1994; en ella se indica que dicha acreditación no puede venir dada exclusivamente por la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica, la cual, si bien no constituye una *ficta confessio*, sí es un muy valioso indicio probatorio de paternidad, siempre que concurra con otras pruebas directas que conduzcan al juzgador de instancia a declarar probada la existencia de unas prolongadas relaciones sentimentales o amorosas entre la demandada (madre del niño o niña) y el demandado, y la subsiguiente probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos al tiempo de la concepción del referido o referida menor, en cuanto posiblemente determinantes de su paternidad (cfr. fundamento de derecho cuarto de la STS 3-10-1998, o STS 16-1-1999, entre las más recientes).

Los motivos de impugnación alegados por el recurrente descansan en dos pilares:

a) Defectuosa citación del recurrente para practicar la prueba pericial biológica

Sostiene el recurrente la defectuosa citación para practicar la prueba pericial biológica acordada en primera instancia, razonándose que la cédula no le fue entregada personalmente como debiera haber sido habida cuenta del carácter de requerimiento o intimación que verdaderamente tenía el acto. De este primer motivo quiere el recurrente extraer la consecuencia de que, habiéndose practicado defectuosamente el acto de comunicación, no cabe atribuir a la falta de realización de la prueba biológica el valor que de cara a los hechos probados atribuyen los órganos de instancia, pues no hubo en sí negativa a su práctica sino falta de comparecencia en el Instituto Nacional de Toxicología precisamente —se argumenta— por haber sido defectuosamente notificado o, en palabras del propio recurrente, defectuosamente intimado para ello. En lo concerniente a la supuestamente defectuosa citación para la práctica de la prueba biológica —motivos primero y quinto—, y dejando al margen, por no ser relevante a estos fines, si ésta ha de llevarse a cabo siempre y en todo caso de forma personal sin que se admita la práctica del acto de notificación en persona distinta del destinatario, habida cuenta de la naturaleza y carácter que se predica del mismo —señala el Tribunal Supremo—, lo cierto es que es más que difícil apreciar en el recurrente la indefensión que invoca cuando en autos queda constancia de que fue notificada debidamente a los procuradores de las partes las diversas y sucesivas propuestas de providencia en las que se disponía su citación y la del menor para la práctica de la referida prueba, indicándose lugar, fecha y hora en la que habría de tener lugar (vid. folios 212 y vuelto, y 216 y vuelto), cuando obra asimismo en autos acuse de recibo de la comunicación dirigida al ahora recurrente y que aparece firmada en la parte reservada al destinatario, y por lo tanto, por persona autorizada o habilitada por éste, y cuando, y esto es determinante, ante la persistente incomparecencia del demandado para la práctica de dicha prueba, la Juez de Primera Instancia acordó oficiar al Instituto de Toxicología para la anulación de las pruebas respecto de él, sin que, debidamente notificada la propuesta de providencia en que así se disponía, nada dijera o hiciera el recurrente, como podía y debía haber hecho si es que,

como afirma, la notificación a tal fin fue incorrecta.

b) Declaración de impertinencia de varias preguntas a los testigos.

Por otra parte, se arguye que la declaración de impertinencia en la primera instancia de varias de las preguntas del interrogatorio de los testigos propuestos por el recurrente, y que se considera incorrecta, le ha causado también indefensión al impedirle acreditar que al tiempo de la generación del niño la actora había mantenido relaciones sexuales con otros hombres distintos de él, y que a modo de *exceptio plurium consortium* habría de impedir la estimación de la acción de reclamación de la filiación ejercitada. A tal efecto denuncia la infracción del art. 1214 CC, cuya invocación —ya debe advertirse señala el Tribunal Supremo— resulta totalmente inadecuada para sostener el argumento expuesto, pues no se trata de que los órganos de instancia hayan transgredido las reglas distributivas de la carga de la prueba ante la absoluta falta de ella, toda vez que sí la hubo, sino que lo que se quiere someter a la Sala es la situación de indefensión en la que se ha colocado al recurrente al rechazarse indebidamente aquellas preguntas que habrían de servir para acreditar los hechos en que basaba su defensa. A tal efecto señala el Tribunal Supremo que la misma inactividad que en el anterior motivo se aprecia respecto del indebido rechazo —según el criterio del recurrente— de las preguntas de los testigos propuestos a su cargo —motivo segundo—, pues si bien recurrió en reposición el auto en que así se acordaba, ante la desestimación de ese recurso no instó la subsanación de la falta, si la había, reproduciendo la pretensión probatoria en la segunda instancia, en donde no promovió el recibimiento a prueba para la práctica de la testifical en aquellos aspectos en los que no fue admitida en la primera (art. 862.1.º LEC). Así las cosas, es más que difícil apreciar la indefensión que se dice sufrir por no poderse acreditar los hechos en los que se basa la oposición a la demanda, tanto más cuanto las preguntas rechazadas por impertinentes, en la forma en que habían sido propuestas, no habrían de ser determinantes de cara al fin probatorio perseguido, dada la nota meramente referencial del conocimiento de los hechos que ofrecerían las respuestas que se diesen a ellas.

Sobre estos dos pilares se alza lo que constituye la conclusión o corolario de la tesis que quiere hacer valer el recurrente: no cabe concluir por presunciones que el demandado y aquí recurrente mantuvo relaciones con la madre del menor cuya filiación se reclama, y sí, por el contrario, resulta acreditado que ésta las tuvo con otros hombres al tiempo de la procreación —motivos cuarto y quinto, con la cita, respectivamente y como infringidos, de los arts. 1249 y 1253 CC—, y consecuentemente, no debe entenderse probada su paternidad con fundamento simplemente en lo que aquél llama falta de comparecencia a la prueba biológica —que no negativa a su práctica—, a lo que dedica el sexto y último motivo del recurso bajo el enunciado de infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable por error en la apreciación de la prueba, pero sin que se mencione ninguna norma que lo avale válidamente por contener regla valorativa de la prueba y citándose únicamente una sentencia de esta Sala para sostener la denuncia de la jurisprudencia que se alude, que en cualquier caso ha de venir sustentada por dos o más, como es sabido (SSTS 24-3-1995, 29-9-1997, 17-11-1998 y 15-12-1998, por citar algunas), lo cual constituye de por sí motivo de inadmisión por inobservancia del rigor formal impuesto al recurso de casación desde el art. 1707 de la LECiv (art. 1710.1, regla 2.ª, inciso primero). El Tribunal Supremo rechaza esta tesis, ya que parte de la particular valoración que debe darse a la infructuosa práctica de la prueba biológica y a la prueba testifical afectada por la declaración de impertinencia de parte de sus preguntas, particular valoración que se apoya en la defectuosa forma de practicarse, en un caso, y en la improcedencia de dicha decla-

ración, en el otro, de manera que si infundadas resultan una y otra alegación, como se ha visto, igualmente infundado es que se quiera prescindir del valioso indicio que le ha supuesto al tribunal de instancia la negativa injustificada a la práctica de la prueba biológica —pues no puede calificarse de otra manera la conducta seguida por el recurrente, a la vista de lo que resulta en los autos y de lo que ha quedado expuesto, tanto más cuanto, en palabras de éste, su oposición a la demanda se basaba en que tenía dudas sobre su paternidad, dudas que, desde luego, se verían disipadas de someterse a la práctica de la prueba—, y que se prescinda igualmente de los demás elementos de hecho reputados probados que, en conjunción con aquel indicio, conducen a la solución jurídica plasmada en la sentencia recurrida en una cuidadosa observancia de la doctrina de esta Sala al respecto, que se ha recogido en el precedente Fundamento de Derecho, y que se combate —desde luego infructuosamente, por lo que ha quedado expuesto— en el sexto y último motivo del recurso. Por lo tanto, éste y los demás motivos se han de inadmitir por la misma razón: todos ellos carecen manifiestamente de fundamento, causa de inadmisión tipificada en la regla 3.ª, caso primero, del art. 1710.1 de la LEC, cuya apreciación no requiere del previo trámite de audiencia, conforme reiterada doctrina de esta Sala refrendada por el Tribunal Constitucional (SSTC 37, 46 y 98/1995, y 152/1998).

4. *Reclamación de los alimentos abonados y daños morales tras la estimación de una demanda de impugnación de la paternidad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de julio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Al no haberse calificado como dolosa la actuación y conducta de la madre biológica en torno a ocultar al esposo la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio no procede estimar la reclamación de cantidad por pago de alimentos y daño moral.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Gustavo y D.ª María Concepción contrajeron matrimonio el 26 de julio de 1956, teniendo varios hijos, e inscribiéndose como uno de ellos Jorge Ignacio nacido el 11 de abril de 1966. El matrimonio entró en una grave crisis que determina su separación legal y su declaración de nulidad, apa-

reciendo que por acta notarial de 21 de marzo de 1968 los cónyuges convienen ya llevar vidas independientes. El 25 de febrero 1969 acuerdan su separación y que los tres hijos mayores vivieran con el padre y los cuatro menores con la madre. El Juzgado de 1.ª Instancia de Madrid núm. 29 acuerda por Auto de 1 de diciembre de 1971 la separación provisional de los cónyuges; conceder la guarda y custodia de los cuatro hijos menores a la madre, así como la de los tres hijos mayores al padre, y un auxilio económico a cargo del esposo de 20.000 ptas. mensuales para la esposa e hijos. Por S. de 30 de marzo de 1974 el Tribunal Eclesiástico concede la separación a la esposa por sevicias y adulterio por parte del esposo, desestimando la petición reconvencional de separación de éste por sevicias y adulterio por parte de la esposa; resolución confirmada por sentencia del Tribunal de la Rota de 28 de junio de 1975. El 28 de noviembre de 1975 el Juzgado de 1.ª Instancia de Madrid núm. 10 dicta sentencia en juicio de alimentos provisionales, por la cual condena al ahora demandante a pagar a la demandada la cantidad de 55.000 ptas. mensuales en concepto de alimentos provisionales para los cinco hijos que convivían con la última, cantidad a abonar desde el 28 de octubre de 1975. Por S. de 17 de noviembre de 1977 el Tribunal Eclesiástico de Rabat declara nulo el matrimonio, resolución ratificada por S. de 11 de enero de 1978 del Tribunal de Angers, Diócesis de Lucon; sentencia que fue ejecutada en vía civil por el Juzgado de 1.ª Instancia de Madrid núm. 19, que decretó la nulidad del matrimonio a efectos civiles.

- El 17 de enero de 1990 comparecen en el laboratorio de biología forense de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense de Madrid a efectos de practicar una prueba de investigación de paternidad, las dos partes de este proceso, D. Jorge Ignacio y D. Jesús, a quienes se extrae sangre; siendo el resultado de la prueba practicada que se excluye a D. Gustavo como padre de D. Jorge Ignacio y se tiene por prácticamente demostrada la paternidad respecto al mismo de D. Jesús.
- El 31 de octubre de 1990 D. Jorge Ignacio presenta demanda contra D. Gustavo impugnando la paternidad de éste, el cual contestó oponiéndose a la demanda y sólo después de la comparecencia se allanó a las pretensiones de la misma, dictándose sentencia por el Juzgado de 1.ª Instancia de Madrid núm. 9 de 23 de julio de 1992, estimatoria de la demanda y declarativa de no existir filiación entre las partes.
- D. Gustavo interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª M.ª Concepción en reclamación de quince millones de pesetas más el interés bancario diferencial del 3% durante 15 años (1969-1984) que asciende a nueve millones de pesetas, correspondiente a los alimentos abonados por don Gustavo a D.ª Concepción a favor de don Jorge Ignacio que resultó no ser hijo suyo,

más otra cantidad de veinticinco millones de pesetas por el daño moral recibido por D. Gustavo dada la actitud y comportamiento doloso de la hoy demandada al ocultar la verdadera paternidad de Jorge Ignacio, es decir, un total de cuarenta y nueve millones de pesetas y las costas que se causen en el presente procedimiento.

- La parte demandada contestó a la demanda solicitando al Juzgado que dicte sentencia por la que, estimando la excepción de defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, y sin entrar en el fondo del asunto, desestime la demanda, o si desestimare la excepción mencionada, desestime asimismo la demanda, por estimación de la excepción de prescripción invocada, o, en último caso entrando en el fondo declare no haber lugar a estimar la demanda, absolviéndola e imponiendo las costas a la parte actora.
- El Juzgado de 1.ª Instancia número 63 de Madrid dictó sentencia el 1 de septiembre de 1993, desestimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y sin entrar a considerar la de prescripción, desestimaba la demanda interpuesta por D. Gustavo contra D.ª María Concepción, y absolvía a ésta de las pretensiones deducidas contra la misma, absolviéndola de la primera de las pretensiones relativa a la devolución de cantidades actualizadas de alimentos e intereses de la misma y apreciando en cuanto a la segunda la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la forma fundamentada, quedando la segunda pretensión de indemnización de daños y perjuicios morales imprejuzgada. Todo ello sin expresa condena en costas.
- En grado de apelación, la Sección 21.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 21 de noviembre de 1994 confirmó la sentencia que absolvía a la demandada de las peticiones formuladas contra la misma.
- D. Gustavo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación formalizado por D. Gustavo se fundamenta en la infracción del art. 1902 CC por no haber sido aplicado, y su argumentación responde, en síntesis, a cuanto se expone a continuación: En ninguna de las dos sentencias recaídas en primera y segunda instancia se ha entrado a valorar el daño económico sufrido por el recurrente, quien ha probado la entrega de cantidades de dinero, en concepto de alimentos, para Jorge Ignacio, dando lugar a una disminución del patrimonio de D. Gustavo en beneficio del propio de D.ª María Concepción, pues de no haber sido considerado hijo matrimonial, hubiese sido la segunda la que hubiese tenido que detraer de su patrimonio las cantidades necesarias para alimentar a dicho hijo. El precepto también ha sido vulnerado

respecto a los daños morales, no sólo en cuanto a su valoración, sino que ni tan siquiera la Audiencia se ha pronunciado sobre su existencia. Aunque el matrimonio fue declarado nulo esa apariencia de matrimonio acarreó importantes consecuencias para D. Gustavo, al que se le atribuyó la paternidad de Jorge Ignacio por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio, y en consecuencia cargó con todas las obligaciones que le correspondían como consecuencia de esa apariencia de paternidad, obligaciones entre las que se encontraban las de prestar alimentos a dicho hijo. Después de haber mantenido económicamente a su hijo y de haberse creado el vínculo afectivo con él, se ve sometido a otro procedimiento: el de impugnación de paternidad, donde se reconocen las relaciones extramatrimoniales de D.ª María Concepción C.S., y su resultado: el nacimiento de Jorge Ignacio, con lo que se ha ocasionado a D. Gustavo unos daños morales innegables al haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad. La apreciación que realiza la Sala sobre el comportamiento doloso de D.ª María Concepción no considerándolo acreditado al no estimar que con anterioridad a las pruebas de paternidad llevadas a cabo por la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense de Madrid en el año 1990 aquélla tuviera conocimiento de que el padre de Jorge Ignacio no era el demandante, contradice los hechos alegados por la contraparte en el hecho quinto de su contestación a la demanda y la negación de la indemnización de los daños económicos y morales causados, supondría, en definitiva, la vulneración de la norma más genérica *alterum non laedere* consagrada en el art. 1902.

El Tribunal Supremo, considerando inalterables los hechos declarados probados en la sentencias de la Audiencia, señala que de su lectura se desprende que fue a comienzos del año 1990 cuando D.ª María Concepción tuvo conocimiento de que la paternidad de su hijo Jorge Ignacio correspondía realmente a D. Jesús sin que la anterior conclusión fáctica se encuentre en contradicción con la narración del hecho quinto del escrito de contestación a la demanda, al estarse refiriendo dicha narración, más bien, a posibilidades y sospechas y no a un conocimiento pleno y de total certidumbre.

La precedente conclusión fáctica permite, a su vez, otra no menos concluyente, cual es la imposibilidad de calificar de dolosa la actuación y conducta de D.ª María Concepción en torno a ocultar a D. Gustavo la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio y, esto así, resulta que no cabe acceder a las dos reclamaciones efectuadas en la demanda, debiendo tenerse por reproducida la argumentación de la sentencia, en especial, la expuesta en su fundamento de Derecho octavo, en punto a la desestimación de la efectuada por alimentos, y por otro lado, semejantes pretensiones se basan en atribuir a D.ª María Concepción un comportamiento doloso, imputación que se infiere, sin lugar a dudas, de los hechos y fundamentos que integran aquélla, con lo cual no cabe sostener que el Tribunal *a quo* hubiera dejado de hacer aplicación del art. 1902 CC, consideraciones las que anteceden que conducen, sin necesidad de mayores reflexiones, a entender claudicado el motivo del recurso.

5. *Determinación de la maternidad y requisitos para prestar el asentimiento a la adopción.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con anterioridad al parto y ni siquiera en el periodo de treinta días computados desde el parto.

Imposibilidad de que la madre pueda ocultar su identidad en el cuestionario de declaración de nacimiento.

La práctica de la prueba biológica no es constitucionalmente cuestionable ya que la investigación judicial de la filiación sirve directamente a fines constitucionales enunciados en términos claros y rotundos por el art. 39 CE.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª María dio a luz un feto de hembra vivo de 4.000 g de peso el día 4 de noviembre de 1991, en el Hospital S. A. de Linares. Previamente a su alumbramiento, el día 24 de septiembre de 1991, D.ª María suscribió una comparecencia ante la Delegación Provincial en Jaén, de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, en 24 de septiembre de 1991, en el que manifestaba encontrarse embarazada, en el octavo mes de gestación, y ponderando sus circunstancias concurrentes —familiares, sociales, emocionales y económicas— estimaba que no podría hacerse cargo de su futuro hijo y, ante ello, hizo renuncia anticipada del mismo, una vez que nazca, en favor de la entidad pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción, en el marco establecido en la L. 21/1987 de 11 de noviembre, prestando su consentimiento expreso para la efectividad de todos estos actos, manifestando asimismo haber sido informada de sus derechos y de las consecuencias de su renuncia; y anticipando su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez «transcurridos 30 días desde la fecha de nacimiento del menor». En la base de tal renuncia se

consignaba su voluntad de mantener oculta su identidad, tanto a los efectos registrales civiles (art. 167 RRC), como en el procedimiento de acogimiento y adopción, en sus fases administrativa y judicial, que debería tramitarse respecto del nacido, «como si de un menor desamparado y de padres desconocidos se tratase».

- D.ª María interpuso demanda de menor cuantía contra la Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales y el Ministerio Fiscal, sobre reclamación de filiación y entrega de un menor, solicitando que se dictase sentencia por la que se acordase la entrega de su hija a la parte actora.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Jaén dictó sentencia el 6 de abril de 1994 estimando íntegramente la demanda condenando a la Junta de Andalucía a que haga entrega a D.ª María a la hija que dio a luz en el Hospital "S. A. de Linares", el día 4 de noviembre de 1991; determinándose la identidad de la nacida en el trámite de ejecución de sentencia. Con imposición de las costas causadas a la parte demandada.
- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia el 9 de septiembre de 1994 estimando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la Junta de Andalucía y revocando la sentencia de instancia desestimaba la demanda.
- El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación acordando reponer las actuaciones al momento posterior a la celebración de la vista, ordenando como diligencia para mejor proveer la práctica de la prueba biológica.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La reclamación por la madre biológica de su hija, a la que "supuestamente" cedió a la Junta de Andalucía para su posterior acogimiento y adopción por terceras personas, plantea tres cuestiones fundamentales. La primera se centra en analizar la validez y eficacia de la comparecencia que firmó la madre antes de dar a luz renunciando a los derechos-deberes sobre la hija que iba a alumbrar. La segunda en cuanto a si, después de la promulgación de la constitución siguen vigentes y aplicables diversos preceptos de la Ley del Registro Civil que permite ocultar los datos de la madre biológica. Por último, y teniendo en cuenta que previamente a cualquier sentencia sobre la materia es necesario determinar la filiación materna de la menor, se analiza la práctica de dicha prueba en la segunda instancia al no haberse podido practicar en la primera.

1. Análisis del documento firmado por la madre biológica renunciando a la hija y dando el consentimiento para la adopción

El Tribunal Supremo analiza la renuncia al cumplimiento de sus deberes por la madre indicando que no es válida. En efecto, en la comparecencia documentada, ya referida, la

renuncia anticipada —con un mes y medio de antelación— a unos derechos-deberes expectantes, pugna expresamente con lo dispuesto en el art. 177.2 CC, respecto de los consentimientos exigibles para la eficacia de la adopción, que claramente determina que el «consentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto». Esto es, como remarca el Fiscal dictaminante en el presente recurso, el último párrafo del art. 177.2 concretamente el cuarto, dispone imperativamente que «el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto». El sentido de este precepto es meridiano. No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el período de 30 días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día 31; y nunca con anterioridad al momento del parto. Desde esta interpretación, nuestra conclusión resulta unívoca: el asentimiento que D.ª María prestó en 24 de septiembre de 1991 ante la Delegación Provincial de Asuntos Sociales de Jaén resulta radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del art. 177.2 CC. Las razones de esta cautela legal se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño. Y si en el texto legal se habla del período post-parto de 30 días, para que la recuperación de la madre sea plena física y psíquicamente, debe reconocerse que la situación personal, familiar, social y económica de la actora, cuando suscribió anticipadamente el documento de cesión, no era la más idónea para la ponderación de su asentimiento, que si pudo servir inicialmente para el acceso de la niña al acogimiento familiar, resultaba insuficiente y contrario a la ley en cuanto a la adopción, dada la configuración y trascendencia legal de la institución.

El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno derecho (art. 6.3 CC). La entidad del vicio es de tal naturaleza que se extiende a todo el contenido del documento, concebido en atención a la obtención expedita (y, desde luego, *contra legem*) de la autorización para adoptar, máxime cuando la identidad de razón para estimar inválido el consentimiento anticipado subsiste, conforme al art. 173 respecto del acogimiento. El propio órgano *a quo* viene a reconocer los escasos márgenes de libertad de la madre al suscribir el acta de la «comparecencia» al establecer que ésta intentaba «ocultar por todos los medios su embarazo, dadas sus circunstancias personales y estado de viudez que hacían que se hallase afectada socialmente en su intimidad y honorabilidad». Relieve singular adquiere, en este sentido, la declaración prestada ante el juez de Instrucción (luego no corroboradas en el pleito) por la testigo D.ª María Nieves en las «diligencias previas» núm. 112/1993, seguidas ante el Juzgado de Instrucción de Baeza, al manifestar «que la señora —se refiere a la actora— no leyó el documento», que «a los 30 días aproximadamente después del parto, la citada señora vino a preguntar...» «y estaba un poco desesperada...» «le hubiera dado igual quedarse con la niña». Sin duda que en las postrimerías del siglo XX, perduran severas constricciones originadas por la inmisericorde, a veces, censura social, con reminiscencias que recuerdan en sus secuencias, historias de orfanatos e «inclusas» del pasado siglo. En definitiva la actora prestó consentimiento viciado en un documento, cuyo contenido, sustancialmente, era ilegal.

2. Ocultación de los datos de la madre en la inscripción de nacimiento de la hija.

La segunda cuestión que aborda el Tribunal Supremo está en relación con las alegaciones efectuadas por la Junta de Andalucía

en relación a la ocultación de los datos de la madre en la inscripción de nacimiento de la hija al amparo de la legislación del Registro Civil.

Tampoco, señala el Tribunal Supremo, cabe buscar cobertura en una normativa periclitada si ésta no se interpreta *secundum constitutionis*. Al respecto compartimos plenamente los criterios expuestos por el dictamen del Ministerio Fiscal, en el trámite prevenido por el art. 1710.2 LEC. Debemos precisar —dice— el marco normativo específico del Registro Civil amparador de la ocultación de los datos de filiación materna, y del que deriva la entrega en acogimiento y adopción de la recién nacida:

1) El art. 167 RRC, aprobado por D. de 14 de noviembre de 1958 enumera los extremos que debe contener el cuestionario de declaración de nacimiento —plasmados en el formulario modelo núm. 5 OM de 24 de diciembre de 1958), subsistente en el extremo que aquí interesa, incluso tras su modificación por OM de 26 de mayo de 1998— y entre ellos los relativos a la identidad de la madre. El párr. 2.º del precepto precisa que «el parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad», añadiendo la nota 17 del modelo oficial de 1958: «En este supuesto, póngase: desconocida», redacción intacta en la actualidad ahora recogida en la nota 15 de la redacción de 1988. El art. 182 RRC permite a la madre no matrimonial desconocer el hecho de su maternidad si en el parte facultativo se hubieran puesto sus datos de identidad. Estos preceptos del RRC parecen constituir el desarrollo del art. 47.I y ss. LRC, expresivo de que «en la inscripción de nacimiento constará la filiación materna, siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria». Complementan el sentido de esta norma los preceptos sobre formalización del desconocimiento de la filiación por la madre (art. 47.2 y 3 LEC). A su vez, el art. 120.4 CC en la redacción de la L. 11/1981 de 13 de mayo previene que la filiación matrimonial quedará determinada legalmente, «respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la LRC». La «circular» de 2 de junio de 1981, sobre consecuencias registrales del nuevo régimen de filiación, en su ap. I-C) se refería sucintamente a esta coincidencia que necesariamente debería existir entre el dato de maternidad y el parte o comprobación reglamentaria.

2) Nos encontramos, por ello, ante una regulación normativa registral anterior a la CE, que posibilita la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión, confirmada por los desarrollos reglamentarios posteriores a 1978, ya que la redacción del art. 120 CC se configura en términos genéricos, y no incluye un expreso reconocimiento de tan negativa restricción. Ya desde el inicio de la vigencia de dicha normativa registral, la doctrina expresó sus reservas a esta formulación del desconocimiento de la filiación, pues se entendía, frente al criterio de la Comisión de Reforma (el secreto profesional podría salvar la vida de niños recién nacidos, evitando así el aborto e infanticidio por parte de madres deseosas de evitar la divulgación de su maternidad extramatrimonial) que las graves razones de interés público en la determinación del vínculo de la filiación, cualquiera que fuere su clase, se oponían a esa ocultación; no posible, por otra parte, en cuanto a la entonces denominada «familia legítima», en la que tal conducta podría rozar el ámbito punitivo.

3) Sin embargo, en la actualidad, y tras la vigencia de la CE de 1978 entendemos que tal limitación, elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada por los jueces y Tribunales (art. 6 LOPJ), siendo nulos, por ende, los actos producidos bajo su cobertura. En concreto, el sistema diseñado en los arts. 167, 182 y ss. RRC, y

sus disposiciones de desarrollo pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), y con el de igualdad (art. 14), además de erosionar gravemente el art. 10 CE, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo art. 24.1 en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación. Y desde ella deben ser contrastados sus elementos restrictivos. En líneas generales la regulación reglamentaria del RC supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes. Por último, el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética. El sistema recientemente acogido por la Instrucción de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción, que posibilita la cancelación de la inscripción principal de nacimiento, abriéndose una nueva, con un régimen de publicidad limitada de la inicial, trasladable al ámbito en que nos encontramos sí sería admisible y compatible con el respeto a los principios constitucionales que hoy quedan en entredicho. La Sala, por tanto, estima, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el art. 47.I LRC y ss. están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida, en el particular, que permite interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre, la circunstancia registral de la maternidad. En consecuencia se consideran inaplicables, por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los arts. 167 y 187 RRC.

3. Práctica de la prueba biológica en la segunda instancia.

La recurrente denuncia quebrantamiento de forma por la falta de práctica de la prueba biológica de maternidad y filiación. El Fiscal, que pide la estimación del motivo, relata el soporte real en que la infracción se sustenta. El Tribunal Supremo, después de analizar la cuestión, llega a las siguientes conclusiones:

A) Nos encontramos en presencia de una prueba biológica propuesta en forma por la actora (6 de septiembre de 1993), admitida (10 de septiembre de 1993), y acordada su práctica (5 de octubre de 1993), y sin embargo no efectivizada en primera instancia por causas no imputables a la parte que la promovió. La adecuación en la propuesta de la prueba responde a las concreciones requeridas por el juzgador, que son precisadas en 23 y 27 de septiembre de 1993. Pese a ello, y a haber reconocido la esencialidad de tal medio de prueba, en A. de 27 de septiembre de 1993, el juzgador, una vez dejado sin efecto el señalamiento para su inicio, por el fin del término legal, ni siquiera acuerda su práctica para mejor pro-

veer, dejando a la parte interesada en la incertidumbre de tal posibilidad en su R. de 14 de octubre de 1993. Por ello no puede sostenerse —dicho sea a los efectos de este apoyo al recurso— que la prueba no se pudo realizar por causa imputable a la actora, ya que además de la oposición de la contraparte —el Ministerio Fiscal se abstuvo en esa fase— que determinó nuevos trámites procesales, en definitiva retardatorios, debe contabilizarse aquí la indecisa postura del juzgador de primer grado, que omitiendo su efectiva práctica dentro de su esfera de atribuciones, y por esto a su alcance, optó por la salida indirecta e intermedia —luego retomada en parte por el Tribunal de apelación— ya conocida, que resultó improsperable.

B) Ciertamente, la práctica de la prueba biológica no fue reiterada en apelación por la parte recurrente interesada, esto es la actora (arts. 707 y 862.2 LEC), y desconocemos la motivación de tal proceder omisivo.

Sin embargo no debe desconocerse que el Tribunal de instancia tuvo asimismo a su alcance el acordar la práctica de tal medio de prueba, como diligencia para mejor proveer —tal y como procedió en la llevada a efecto por R. de 7 de julio de 1994 relativa al «nombre y completa identificación de la niña que el día 4 de noviembre de 1991 alumbró la actora...»—; y que la efectivización de este medio resultaba imprescindible para los intereses esenciales de las partes más débiles del proceso, esto es la actora y la misma niña, ya que no existía otro medio para llegar al conocimiento de la verdad, ante la actitud patentemente obstructiva de la Administración autonómica, que retuvo siempre en su poder las fuentes de la prueba más esenciales del proceso, de las que excluyó hasta a la misma Sala, desatendiendo por completo no sólo la mención de identidad que le fue requerida, sino inclusive manteniendo sumergida la concreción por su parte del órgano jurisdiccional que sustanciaba el expediente de adopción que sí había identificado, por el contrario ante el Juzgado de Instrucción de Baeza en 13 de abril de 1993 en las diligencias previas núm. 112/1993.

Al mantener esta actitud pasiva de aquietamiento frente a la Administración, el órgano jurisdiccional de instancia, no sólo incumplió su deber constitucional de prestar tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sino además el de remover los obstáculos que se oponían por aquélla a la plenitud real y efectiva de aquel derecho (art. 9.2 CE), pese a la vinculación a que venía obligado (art. 7 LOPJ) para descartar la indefensión a que estaban sometidas las partes más débiles del proceso; y ello frente a la «Administración autonómica», que, con toda evidencia, no prestó la colaboración requerida por la Sala en el curso del proceso (art. 118 CE), repercutiendo esta actitud en claro perjuicio de la promovente de la prueba.

En esta perspectiva deben ser invocadas tanto la S. 227/1991 del TC (FJ 5.º) como la relevante STC 7/1994 de 17 de enero, que viene a abrir nuevos cauces en la viabilidad de las pruebas esenciales, cuya inefectividad, inclusive, pudiera corresponder parcialmente a la propia torpeza de la parte promovente. (STC 227/1991 —FJ 3.º—). En definitiva la misma relevancia y fuerza expansiva de los derechos constitucionales en juego (arts. 24.1 y 14 y 39 CE) justificaba sobradamente, en el supuesto de que se trata, que la Sala, consciente de la infructuosidad de la práctica en la primera instancia del proceso de un medio de prueba esencial, y de las dificultades y posiciones antes opuestas a su efectividad por la administración autonómica, acordase, como diligencia para mejor proveer, la realización de la prueba biológica, necesaria de todo punto para esclarecer una posible filiación materna que había sido instada reiteradamente, y no inventada, por la reclamante. Debe recordarse aquí que desde el inicio la actora viene identificando nominalmente a su hija, lo que encuentra fácil soporte en que el alumbramiento tuvo lugar en un hospital, sito en una localidad pequeña, y no en un gran establecimiento sanitario de una gran ciudad, por lo que el acceso al conocimiento de tal identidad era, con toda seguridad, sencillamente asequible en los medios interesados. Con la

STC 7/1994 podemos sostener que «la infracción constitucional se ve agravada desde el momento en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el art. 39.1 CE, desconociéndose a su vez el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad, lo que exige una interpretación de los correspondientes preceptos procesales finalista y adecuada para hacer posible la práctica de la prueba cuya obligatoriedad no es constitucionalmente cuestionable» ya que «la investigación judicial de la filiación sirve directamente a fines constitucionales, enunciados en términos claros y rotundos por el art. 39 CE y por ende, la actuación de los Tribunales ve acentuado el rigor de la exigencia anteriormente enunciada, a fin de procurar que los padres cumplan sus deberes respecto a sus hijos menores...» (FD 7.º párr. final). A mayor abundamiento debe mantenerse que, aunque nuestras Leyes de enjuiciamiento no contemplan los deberes de oficio que corresponden al órgano jurisdiccional, sobre todo en materia de pruebas, en asuntos llamados procesos civiles inquisitivos, dominados por el interés público en los que la búsqueda de la verdad material impera sobre la verdad que pueda establecerse formalmente, las nuevas leyes conceden gran importancia a estos poderes. Así *mutatis mutandis* con razones analógicas que traspasan el cauce de la jurisdicción voluntaria para impostarse dentro de la jurisdicción contenciosa, no debe olvidarse el mandato de la disp. adic. 3.ª LO 1/1996, de protección jurídica del menor, que reza así: «Tanto el juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes. En lo que nos concierne no podemos consentir que meros defectos formales impidan la recta práctica de las pruebas necesarias y esenciales para el esclarecimiento de la cuestión debatida. Las precedentes razones abonan la acogida del motivo examinado pero, además, dado que la prueba interesada por la Sala, como diligencia para mejor proveer a que se refiere el fundamento tercero, no fue contestada en forma por los órganos requeridos debe reiterarse la misma, bajo los apercibimientos legales.

La estimación del motivo y sus consecuencias, determinan la casación de la sentencia, lo que obliga, de acuerdo con el art. 1715.2 LEC a reponer las actuaciones al momento posterior a la celebración de la vista, ordenando como diligencias para mejor proveer, la práctica de la prueba biológica, en la manera en que finalmente se acordó en primera instancia, o en la forma que considere la Sala más adecuada a los fines pretendidos. Asimismo, ha de reiterar con los apercibimientos legales procedentes la diligencia que acordó la propia Sala de instancia que no fue contestada por la Junta. A la vista de sus resultados y tomando en cuenta los mismos, deberá dictar nueva sentencia.

II. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

1. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

1.1. *Contratos entre cónyuges.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Nulidad del contrato de compraventa en el que el esposo transmite a la esposa un inmueble al considerarse un contrato simulado, sin que sea obstáculo para ello que dicho contrato se hubiese otorgado antes de que resultase incumplido un préstamo personal solicitado por el esposo a una entidad bancaria.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Jesús Pablo y D.ª Melania se encontraban casados en régimen de separación de bienes en virtud de escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el 15 de noviembre de 1982.
- El 7 de marzo de 1991, y después de haber solicitado D. Jesús Pablo y otro un préstamo personal a la entidad Banco S., D. Jesús Pablo transmitió en documento público el 7 de marzo de 1991 a su esposa D.ª Melania un bien inmueble de su propiedad y consistente en una finca urbana, destinada a vivienda.
- El 14 de febrero de 1992, la entidad Banco B. promovió juicio ejecutivo ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Baracaldo, contra D. Jesús Pablo y otro, en reclamación de 14.702.840 pesetas, de principal, y 4.000.000 de pesetas, para intereses y costas como consecuencia de no haberse atendido los vencimientos del préstamo personal. En dicho procedimiento, los demandados fueron condenados al pago del principal reclamado, intereses pactados y costas.
- La entidad Banco S. interpuso demanda de menor cuantía contra D. Jesús Pablo y D.ª Melania solicitando que se dictase sentencia acordando que: «a) la escritura otorgada con motivo de la transmisión del patrimonio inmobiliario por parte de D. Jesús Pablo y su esposa constituye un negocio jurídico simulado y falso, declarando falsa la causa de dicha escritura y, por

tanto, su ineficacia y nulidad. b) La cancelación total de las inscripciones a tenor de lo establecido en el artículo 79.3.º LH. c) Subsidiariamente, que el contenido de la transmisión recogida en la referida escritura pública lo ha sido en fraude de acreedores y concretamente en fraude del derecho del Banco S. y, en consecuencia, el documento notarial queda rescindido. d) La obligación de D.ª Melania de restituir la finca transmitida objeto de aquella escritura pública, condenando a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones, con expresa condena en costas».

- Ambos demandados se personaron en autos solicitando la desestimación de la demanda.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Getxo dictó sentencia el 19 de mayo de 1993 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Bilbao dictó sentencia el 26 de diciembre de 1994 estimando el recurso interpuesto por la entidad Banco S. y, revocando la sentencia dictada por el juzgado de instancia, declaró la nulidad de la compraventa y nulo y sin valor el asiento registral causado por dicha escritura, por lo que, una vez firme esta sentencia, se comunicará al señor Registrador para que proceda a su cancelación, declarando, asimismo, la obligación de D.ª Melania de restituir la finca descrita a D. Jesús Pablo.
- Los demandados interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia dictada por la Audiencia, en su fundamento jurídico tercero, establece una serie de hechos base que sirven para fundamentar el hecho-consecuencia de la presunción: a) La existencia de relación conyugal entre compradora y vendedor. b) Que ambos mantienen la convivencia. c) El precio de la venta y d) El precio declarado es ostensiblemente menor al valor de la vivienda. Estos hechos le sirven para llegar a la conclusión de que se ha destruido la presunción de existencia de causa en el contrato de compraventa y que por lo tanto existe simulación absoluta.

Entiende el recurrente que la Sala ha seguido, al establecer dicho nexo o relación, una vía o camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio, ya que, entre el hecho o hechos demostrados, no existe un enlace preciso y directo. En efecto, aun cuando es cierto que los presuntos préstamos realizados entre los cónyuges por importe de 4.000.000 de pesetas y los 3.000.000 de pesetas como pago en metálico del resto del precio del inmueble no se acreditaron bancariamente, ello por sí solo no es suficiente para tener por ineficaz el negocio jurídico celebrado, toda vez que tuvo lugar tan sólo un mes después de suscribir la póliza de crédito en cuenta corriente y más de un año antes de que se citara a remate, por lo que difícilmente puede D. Jesús Pablo haber incumplido sus obligaciones para con el Banco, no pudiendo olvidar que no existía garantía real de incumplimiento (párrafo tercero del fundamento jurídico de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia). A esta deducción llega el juzgador de

instancia después de haber valorado la totalidad de la prueba practicada en el procedimiento, y teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, sin que al momento de la transmisión, D. Jesús tuviese deuda alguna con el Banco S., no existiendo, por tanto, interés en realizar un contrato simulado, y en lo referente al precio de la compraventa, es reiterada la jurisprudencia de que rige el principio de la autonomía de la voluntad y al efecto de la prueba de presunciones, son de citar las Sentencias de 14 de noviembre de 1989 y 20 de febrero de 1990.

A este respecto señala el Tribunal Supremo que la argumentación del matrimonio recurrente se centra en que el Tribunal *a quo* al establecer el hecho consecuencia, siguió un camino no razonable y contrario a las reglas de la sana crítica, lo que obliga a hacer una referencia a los hechos base que sentó el Tribunal *a quo,* los cuales, sustancialmente, consistieron en: que no hay constancia probatoria sobre la realidad del precio, estimándose meramente confesado, que ninguna prueba apunta a la existencia de un patrimonio privativo de la esposa, ni al desempeño de una actividad lucrativa por la misma, siendo su profesión declarada la de «sus labores-ama de casa», que existe una relación conyugal entre compradora y vendedor, manteniendo su convivencia, que ambos continúan ocupando la vivienda, que el precio declarado es ostensiblemente menor al del valor de la vivienda, que aunque el préstamo otorgado por la "Caja de Ahorros Municipal de B." está garantizado con la hipoteca de la vivienda, no se pacta en la escritura pública la subrogación del mismo, por lo que el esposo sigue obligado personalmente al pago, y que el esposo carece de otros bienes para hacer efectivo el crédito del Banco. Pues bien, la valoración racional y lógica de los presupuestos relacionados, no permite llegar a una conclusión distinta a la sentada por el Tribunal *a quo,* es decir, que el contrato de compraventa careció de causa, y esto así, y sin necesidad de mayores reflexiones, permite concluir que el meritado Tribunal no siguió un camino erróneo al hacer aplicación de la prueba de presunciones que contempla el artículo 1253, pues como bien dice una de las Sentencias citadas en el motivo, la de fecha 20 de febrero de 1990, «la determinación de ese enlace preciso y directo es un juicio de valor reservado, en principio, a la Sala de instancia, cuya deducción debe ser mantenida mientras no se acredite que la misma es arbitraria, absurda o contraria a las reglas del criterio humano». Por consiguiente, al no haber resultado infringido el artículo 1253, ni, tampoco, en su relación con el 1214, el motivo carece de viabilidad.

En el segundo motivo de casación vuelven los recurrentes a insistir en la validez de la compraventa, señalando que en fecha 15 de noviembre de 1982 otorgaron capitulaciones matrimoniales, acordando que el régimen económico matrimonial fuera el de separación de bienes, por lo que los mismos tenían capacidad para venderse bienes recíprocamente. En el caso que nos ocupa —señalan los recurrentes— se aprecia claramente la existencia de los elementos que definen el contrato de compraventa, en concreto: 1. Consentimiento de ambas partes manifestado ante Notario y recogido en la escritura pública de compraventa, en la que se expresa la voluntad de ambas partes de adquirir y transmitir la propiedad objeto de la venta. 2. Objeto cierto consistente en la vivienda transmitida. 3. Precio verdadero, cierto, determinado y consistente en dinero que el señor F. recibe de su esposa y así lo manifiesta expresamente en la escritura pública otorgada. En este sentido hay que señalar que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de autonomía de voluntad, por el que las partes pueden fijar libremente el precio de la compraventa, sin que estén sujetos a limitación alguna, y el precio que se fije puede ser inferior al del valor de la cosa transmitida. Como tiene declarado numerosa jurisprudencia, la *simulatio nuda* mera apariencia engañosa carente de causa y urdida con finalidad ajena al negocio que se finge, habrá de probarse hasta alcanzar la certeza moral de la inexistencia del contrato

impugnado, pues en otro caso y aunque pudiera caber alguna duda, habrá de prevalecer la voluntad externamente manifestada (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1984) y para que pueda hablarse de simulación como causa de nulidad de un contrato, es preciso que las partes contratantes, con un fin de engaño u ocultación, hayan emitido una declaración de voluntad ficticia (negocio aparente) que no encubra un negocio jurídico real, válido y lícito (negocio simulado). En el presente caso se advierte claramente que no existe simulación alguna al existir una voluntad real de transmitir y adquirir la propiedad y que hay una causa real en el contrato de compraventa formalizado entre los esposos.

El Tribunal Supremo indica que la inviabilidad del primer motivo lleva consigo, a su vez, el perecimiento del que ahora se analiza, en cuanto que la inexistencia de causa en el contrato de compraventa celebrado entre los demandados-recurrentes origina, como consecuencias ineludibles, las siguientes: La imposibilidad de entender vulnerado el artículo 1261, al no concurrir uno de los requisitos condicionantes del contrato: causa de la obligación que se establezca, que produce, a su vez, la inexistencia de un contrato de compraventa válido y eficaz, artículo 1445, la imposibilidad de infracción del artículo 1274 puesto que la ausencia de causa impide que el contrato pueda estimarse de oneroso y la imposibilidad, asimismo, de considerar quebrantado el artículo 1277, pues la tan repetida inexistencia de causa es un factor que excluye la presunción de su existencia y licitud, por todo lo cual, no es dable discrepar de la simulación establecida en la sentencia recurrida.

2. GESTIÓN, DISPOSICIÓN Y RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES

2.1. *Nulidad de la disposición de bienes gananciales sin consentimiento de un cónyuge.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de julio de 1999
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

Para solicitar la nulidad de la disposición de un bien ganancial sin consentimiento de uno de los cónyuges debe acudirse a un procedimiento declarativo, sin que pueda utilizarse la vía reconvencional en el procedimiento en el que el adquirente solicita el otorgamiento de la escritura pública.

ANÁLISIS DEL CASO

- Mediante contrato privado de fecha 15 de febrero de 1987 don Miguel traspasó a D. Ángel y D.ª Concepción diversos inmuebles, negándose pos-

teriormente a recibir parte del precio, ante lo cual los compradores consignaron judicialmente el importe del mismo.

- D. Ángel y D.ª Concepción interpusieron demanda de menor cuantía contra los esposos D. Miguel y D.ª Clementina y el hijo de ambos don Ricardo, solicitando se dicte sentencia por la que se ordene el otorgamiento de escritura pública del contrato de compraventa privada de 15 de febrero de 1987 respecto a un inmueble y, para el caso de que los demandados no lo verificaran así, se ordene seguir adelante la ejecución de la Sentencia supliendo la voluntad de los obligados a los mencionados otorgamientos, practicándose aquél por su señoría y todo ello con expresa condena en costas.
- Los demandados D. Miguel y D. Ricardo se personaron en el pleito y contestaron a la demanda, a la que se opusieron con las alegaciones de hecho y de derecho que aportaron.
- La codemandada D.ª Clementina también se personó en autos y contestó a la demanda formulando seguidamente reconvención en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare nulo, sin valor, ni efecto alguno dicho contrato, condenando a dichos demandados a estar y pasar por esta declaración y todo ello con expresa condena en costas.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 26 de Madrid dictó sentencia el 19 de abril de 1993 estimando la demanda y condenando a los demandados a «elevar a escritura pública el documento privado de compraventa, otorgándose de oficio si no lo verifican en el plazo que al efecto se conceda en ejecución de sentencia, con expresa imposición de las costas procesales a los demandados».
- En grado de apelación, la Sección 12.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el día 9 de octubre de 1995 desestimando el recurso interpuesto por los demandados.
- Los demandados interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Desestimado el primer motivo de casación interpuesto por el vendedor y relativo a la resolución del contrato por falta de pago, al quedar válidamente consignado el precio de la compraventa ante la negativa a recibirlo, la cuestión que nos interesa destacar está relacionada con la disposición de un bien ganancial por parte del esposo sin contar con el consentimiento de la esposa.

La esposa recurrente aduce la infracción de los artículos 1322 del CC —"Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herede-

ros"— y 1377 del CC —"Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos"—.

Es un hecho probado —señala el Tribunal Supremo— que la esposa tuvo conocimiento cabal y suficiente de la compraventa, ya que se le practicó directamente, en fecha 15 de junio de 1987, el requerimiento notarial contenido en el acta notarial de 29 de mayo de 1987 y de esta manera pudo desde entonces, a medio del juicio declarativo correspondiente, impugnar el contrato, ya que los inmuebles objeto de la compraventa tenían la condición de gananciales, lo que no se discute, como el hecho de que en su transmisión no intervino directamente la esposa.

No se trata en este supuesto de un contrato radicalmente nulo por inexistencia de consentimiento de la esposa, sino anulable, conforme al artículo 1322, por referir una disposición onerosa y no gratuita llevada a cabo por el marido unilateralmente, que cabe ser subsanada por el consentimiento prestado posteriormente o por el aquietamiento de la interesada como aquí ha sucedido (SS. de 25-5-1987, 26-6-1989, 20-6-1991, 13-5-1992, 22-12-1992, 1-4-1993, 19-7-1993, 18-6-1993, 23-6-1994 y 22-5-1995).

La recurrente —señala el Tribunal Supremo— utilizó inadecuadamente la vía procesal de la demanda reconvencional, que hace improsperable su petición de anulación del contrato, al exigirse que la acción ha de dirigirse contra todos los intervinientes en el mismo, es decir el matrimonio demandante y el esposo codemandado, a fin de evitar situaciones litisconsorciales pasivas (Sentencias de 23-12-1992, 30-1-1993, 1-12-1994, 18-9-1996 y 14-7-1997). Este requisito procesal no se cumplió en la demanda reconvencional interpuesta por la recurrente contra los litigantes actores, ya que conforme reiterada jurisprudencia la reconvención no faculta a los codemandados para contestarla, pues ello representaría conculcar los artículos 542 y 668 de la Ley Procesal Civil, que prevén que se dirigirá contra el actor originario del pleito, convirtiéndose en demandado reconvencional y entenderlo de otra manera equivale a dejar al arbitrio de las partes la normativa del procedimiento, con olvido de su condición de orden público (SS. de 31-5-1984 y 13-5-1992).

2.2. *Embargo de bienes gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

La esposa carece del carácter de tercero para interponer una tercería de dominio, aun cuando se hubiesen otorgado capitulaciones matrimoniales.

No es necesario solicitar la rescisión de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores para que los bienes gananciales respondan de las deudas contraídas con anterioridad.

Responsabilidad de los bienes gananciales para cubrir la responsabilidad civil derivada de un delito cometido por uno sólo de los cónyuges.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Prudencio fue condenado por la AP de Vitoria, en sentencia de 22 de diciembre de 1992, como autor de un delito continuado de apropiación indebida, por hechos ocurridos entre 1984 y 1987, y, además de las penas impuestas, se le condenó a indemnizar a la Sociedad Cooperativa S.M. de Vitoria en la cantidad de 105.827.262 ptas., habiéndose embargado cuatro fincas el 13 de noviembre de 1987, y cuya anotación registral tuvo lugar el 18 de enero de 1988 en el Registro de la Propiedad de Ayamonte y 26 de enero de 1988 en el Registro de la Propiedad de Vitoria.
- Los cónyuges, habiéndose ya iniciado las actuaciones penales, otorgaron en fecha 1 de octubre de 1987 capitulaciones matrimoniales, cesando en el régimen de sociedad de gananciales y procedieron a su liquidación, adjudicándose a la esposa la mayor parte del patrimonio inmobiliario, a excepción de un local comercial en Vitoria que correspondió al esposo. Las referidas capitulaciones no tuvieron constancia registral hasta el 28 de octubre de 1988 en el Registro Civil y 24 de noviembre de 1988 en el Registro de la Propiedad.
- D.ª María del Pilar interpuso demanda de tercería de dominio contra la Sociedad Cooperativa S.M. y contra su esposo D. Prudencio solicitando se dicte sentencia ordenando se alcen los embargos sobre las tres fincas que se le adjudicaron en la liquidación de la sociedad de gananciales, con expresa imposición de costas a los demandados.
- La entidad demandada se personó en autos solicitando la desestimación de la demanda. D. Prudencio se personó en autos pero no contestó a la demanda.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Vitoria dictó sentencia el 21 de julio de 1994 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la AP de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia el 17 de diciembre de 1994 desestimando el recurso interpuesto por D.ª M.ª del Pilar.
- D.ª M.ª del Pilar interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Señala el art. 1333 del Código Civil que «En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil, se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquellos o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el registro de la propiedad, en la forma y a los efectos prevenidos en la Ley Hipotecaria». Es decir, tanto las capitulaciones matrimoniales como sus

modificaciones deberán causar inscripción en el Registro Civil (art. 77 LRC) y cuando se trata de inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la LH (art. 75 RH).

El cambio del régimen patrimonial no desplaza los derechos adquiridos con anterioridad por terceros sobre el patrimonio de los cónyuges, mientras no se publiquen en los Registros correspondientes, que es el caso que nos ocupa, dada la prioridad de las anotaciones de los embargos trabados en la causa penal seguida contra el marido, cuya finalidad no es otra que el aseguramiento de las posibles responsabilidades civiles derivadas de los delitos por los que resultó condenado.

La modificación del régimen económico matrimonial sólo afecta a terceros desde la fecha de su inscripción registral (S. de 26 de junio de 1992), por lo que su eficacia y disponibilidad está en función de la inscripción en el Registro Civil, que no altera el régimen de publicidad registral inmobiliaria —dice la S. de 6 de junio de 1994— con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto en el art. 1333 CC respecto a inmuebles concretos y determinados que resultasen afectados por las capitulaciones matrimoniales y en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad.

La protección a los terceros de buena fe que establece el art. 1333, en relación al art. 1317, encuentra justificación en evitar que cualquier otra interpretación conduzca al absurdo pues incluso instauraría contra-derecho, si se permitiera que los cónyuges hicieran uso de sus pactos capitulares en el momento que reputasen más beneficioso para sus intereses, avasallando los legítimos derechos de los terceros (S. de 9 de marzo de 1995), y hay que referir no sólo a los que contrataron con los esposos, sino también a todos aquellos que ostentan un derecho legítimo merecedor de protección legal (SS. de 6 de diciembre de 1989, 16 de febrero y 2 de abril de 1990). Lo que se deja expuesto priva a la recurrente de la condición de tercero. La sentencia recurrida establece como hecho probado, alcanzado por vía presuntiva, no combatido en forma, que teniendo en cuenta la proximidad de fechas de la traba de los bienes del pleito y el otorgamiento de las capitulaciones, permite la conclusión de que dicha escritura se formalizó con un más que evidente ánimo de detraer de la masa de bienes liquidable la mayor parte de los de la sociedad de gananciales, que quedaron en poder de la esposa y ésta tuvo conocimiento suficiente del embargo llevado a cabo, pues el auto que lo decretó le fue notificado con fechas 23 y 30 de diciembre de 1987.

La recurrente funda también sus motivos de impugnación en dos cuestiones:

a) La entidad demandada debería de haber reconvenido en la tercería solicitando la rescisión de las capitulaciones matrimoniales por fraude de ley.

A esta cuestión contesta el Tribunal Supremo señalando que el art. 1317 CC contiene una declaración general sobre la modificación del régimen económico matrimonial, realizada durante el matrimonio, en el sentido de que no perjudicará en ningún caso los derechos subsistentes que los terceros hubieran adquirido. Se trata en todo caso de evitar situaciones de fraude, sin que, para la subsistencia y efectividad de dicha garantía legal, sea necesario acudir a la nulidad o rescisión de las capitulaciones en las que la modificación se instrumenta (SS. de 30 de enero de 1986, 19 de septiembre de 1987, 20 de marzo de 1988, 18 de julio de 1991 y 13 de octubre de 1994), pues la responsabilidad del haber ganancial permanece y se mantiene no obstante haberse llevado a cabo adjudicaciones individualizadas a favor de los cónyuges.

b) Los bienes gananciales no deben responder de la deuda privativa del esposo al proceder de la comisión de un delito.

Entiende la recurrente que había de excluirse de la responsabilidad de la sociedad de gananciales en el presente caso, al tratarse de una deuda del esposo, de condición

exclusiva privativa por proceder de delito, que se equipara a las obligaciones debidas a dolo o culpa grave que el precepto contempla. Conviene decir —señala el Tribunal Supremo— que una cosa son las condenas pecuniarias por razón del principio de la personalidad de la pena, y otra, distinta, la responsabilidad civil inherente a los hechos tipificados como delictivos y respecto a éstos no resulta extraña a la responsabilidad ganancial, teniéndose en cuenta que las actuaciones que se imputan al esposo lo fueron entre los años 1984 a 1987, estando vigente el régimen de gananciales, habiendo desempeñado cargos de relevancia en la Cooperativa, con el pleno conocimiento y sin oposición de la recurrente. Las actividades desplegadas por el marido resultaron beneficiosas para el haber de gananciales en cuanto contribuyeron a su incremento patrimonial en relación a las fechas de adquisición de las fincas que constan en las capitulaciones, por lo que, una vez más, se priva a la recurrente de la condición de tercero que la podía legitimar para promover la tercería que enjuiciamos.

El art. 1366 no incluye expresamente los delitos penales y no les alcanza la excepción que el precepto contiene respecto a las obligaciones derivadas de los mismos en cuanto a sus responsabilidades civiles consecuentes, pues la excepción legal se aplica a la relación interna y limitadamente a la externa, según la ratio del artículo.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo con cita de la sentencia de 4 de marzo de 1994 que aplicó los bienes gananciales al pago de las indemnizaciones por responsabilidades civiles consecuentes a la condena penal que se impuso al marido por falsedad y estafa y sin perjuicio de que la mujer pueda disponer de otros procedimientos para resarcirse de las consecuencias originadas por los actos cometidos por el esposo en contra de la Ley o de sus legítimos derechos (SS. de 26 y 29 de septiembre de 1986, 13 de julio y 26 de septiembre de 1988, 19 de julio de 1989 y 6 y 12 de junio de 1990). En análogo sentido, aunque con referencia a deuda tributaria, se pronuncian las SS. de 19 de febrero de 1992 y 18 de marzo de 1995.

2.3. *Gestión de bienes privativos de uno de los cónyuges vigente la sociedad de gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de octubre de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Legitimación del esposo no propietario del bien para interponer demanda en beneficio de la sociedad de gananciales.

Carácter privativo del inmueble comprado por la esposa antes de contraer matrimonio aun cuando el precio aplazado se hubiese abonado constante la sociedad de gananciales ya que la compra se realizó antes de la reforma del año 1981 y por tanto será de aplicación la normativa anterior.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José —casado con D.ª Pura— y D.ª M.ª Luisa interpusieron demanda de menor cuantía contra la Comunidad de propietarios del bloque n.º 9 de la calle A. de Portugalete solicitando que se dictase sentencia declarando que los propietarios de los locales de sótano y los de la planta baja están exentos de contribuir en los gastos comunales de ascensor y escalera.
- La Comunidad demandada se personó en autos planteando, entre otras excepciones, la falta de legitimación activa de D. José para interponer la demanda, solicitando en cuanto al fondo su desestimación.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Baracaldo dictó sentencia con el 30 de julio de 1993 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Bilbao dictó sentencia el 18 de octubre de 1994 desestimando el recurso.
- La Comunidad de Propietarios interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado la cuestión de fondo de la presente sentencia por no tener relación alguna con el derecho de familia, vamos a centrar este comentario en la excepción de falta de legitimación activa del esposo para interponer la demanda.

La argumentación de la parte recurrente es simple: la propietaria del piso es su esposa D.ª Pura, como bien privativo, no ganancial, adquirido por ella en 1976 antes del matrimonio, que se celebró en 1977. En efecto, la adquisición de la vivienda tuvo lugar el 13 de diciembre de 1976 por D.ª Pura que contrajo matrimonio con D. José P. el 6 de agosto de 1977; aquélla pagó una parte del precio y el resto, la mayor parte, se pagó con dinero ganancial. Las sentencias de instancia han rechazado la excepción en aplicación del art. 1354 al que se remite el segundo párr. del art. 1357 CC por los que la vivienda conyugal comprada antes de comenzar la comunidad de gananciales (antes del matrimonio) y pagada parte del precio con dinero ganancial pertenece en comunidad *pro indiviso* al cónyuge que la compró y a la comunidad de gananciales. Pero yerran tanto la parte recurrente como las sentencias de instancia. La compra, en 1976, y el comienzo de la comunidad de gananciales, en 1977, son anteriores a la reforma que en esta materia produjo en el CC la L. 11/1981 de 13 de mayo. Por tanto, se debe aplicar la normativa anterior y según la misma (art. 1381) el piso era un bien parafernal cuyo dominio es de la esposa (art. 1382) sin que se produzca comunidad alguna si parte del precio es pagado con dinero ganancial (arts. 1401 y ss.) sin perjuicio de su reembolso al liquidarse la comunidad.

Por tanto, el piso es bien privativo de la esposa D.ª Pura, habiendo desaparecido el concepto de bienes parafernales, desde la reforma de 1981. A partir de esta reforma, la administración de la comunidad de gananciales y las cargas de ésta se rigen por la normativa vigente hoy. Así, los gastos de la

comunidad en propiedad horizontal de la que forma parte el piso (no ganancial, sino privativo) de D.ª Pura, son a cargo de la comunidad de gananciales, en aplicación del art. 1362, núm. 3.º, del vigente CC y la administración de tales cargas, disponiendo a tal fin de dinero ganancial, corresponde a ambos cónyuges, aplicando los arts. 1375 y ss. por lo que la demanda, en el presente proceso, está formulada correctamente por el esposo, constando en autos el consentimiento tácito de la esposa con su actuación procesal y su no oposición a lo largo del dilatado tiempo de duración del proceso.

3. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

3.1. *Carácter ganancial de las obras realizadas por la sociedad de gananciales sobre un inmueble propiedad de los padres de la esposa.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Procede aplicar lo establecido en el art. 361 del CC (accesión y accesión invertida) al supuesto en el que los suegros permiten a su hija y esposo edificar una segunda planta sobre el vuelo de su vivienda para que fijen en ella su domicilio familiar. Para calcular el importe de la indemnización se estará al valor que se le asigne en el momento de su satisfacción en trámite de ejecución de sentencia.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Domingo y D.ª Carmen eran dueños de una vivienda, encima de la cual su hija D.ª Carmen Delia y su esposo D. Agustín construyeron una segunda planta con su correspondiente escalera de acceso para utilizarla como vivienda familiar.
- D. Agustín interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Carmen Delia Nieves (esposa del actor y de la cual se halla separado legalmente) y contra sus suegros D. Domingo y D.ª Carmen, sobre acción declarativa de dominio solicitando se dictase sentencia comprensiva de las siguientes declaraciones: a) Que la vivienda litigiosa con su garaje y escalera de acceso pertenece en pleno dominio a la Sociedad de Gananciales del demandante y su esposa codemandada. b) Alternativamente, y para el caso de no ser estimada la

partición anterior, se condene a los codemandados D. Domingo y D.ª Carmen, en cumplimiento de las normas que regulan la accesión, a que hagan suya la obra edificada, previa la indemnización a la citada Sociedad de Gananciales del valor actual de lo construido y que en ejecución de sentencia se fije, o a recibir de la Sociedad de Gananciales del actor y D.ª Carmen Delia Nieves el precio del solar ocupado, a su elección. c) Condenar a los demandados a aceptar y cumplir las anteriores declaraciones que se adopten. d) Que los demandados abonen solidariamente las costas del procedimiento.

- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de los demandados presentó escrito de contestación, oponiéndose a la misma y solicitando que expresamente se declare que la vivienda litigiosa, con su garaje y escalera de acceso, pertenecen en pleno dominio a D. Domingo y a D.ª Carmen. Con posterioridad fallecieron D. Domingo y D.ª Carmen.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Telde dictó sentencia con fecha 31 de marzo de 1993 estimando la demanda y declarando que las obras realizadas en la segunda planta de la vivienda litigiosa, así como el garaje situado en la planta baja y la escalera de acceso a la vivienda de la segunda planta, fueron realizadas sobre el vuelo propiedad de los codemandados D. Domingo y D.ª Carmen y costeadas por la sociedad matrimonial de gananciales formada por D. Agustín y D.ª Carmen Delia Nieves, condenando a los demandados a que abonen a la citada sociedad matrimonial la edificación realizada y que se determine por las reglas legalmente establecidas en período de ejecución de sentencia, o a recibir de la citada sociedad el valor del solar ocupado y que igualmente se determine en período de ejecución de sentencia, a elección de los demandados, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas.
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 1994 y, revocando la sentencia de instancia, condena a la demandada D.ª Delia a que abone al actor la mitad de los gastos invertidos en la construcción de la planta alta, escalera y garaje de la vivienda por el importe que se justifique en el período de ejecución de sentencia más la de los intereses legales producidos sobre la misma desde la interposición de la demanda.
- D. Agustín interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Edificada una vivienda sobre el vuelo de otra perteneciente a los padres de su esposa, el recurrente pretende determinar qué derechos pueden corresponder a la sociedad de gananciales por el gasto que se realizó. En un primer lugar se ejercitó la acción declara-

tiva de dominio sobre lo construido, y al no proceder la usucapión ordinaria por falta de justo título y tampoco la extraordinaria dicha acción fue desestimada por el Juzgado de 1.ª Instancia sin que este pronunciamiento fuese objeto de apelación.

En segundo lugar y de forma alternativa se ejercitó por el actor la acción del art. 361 del CC: «El dueño del terreno en que se edificare tendrá derecho a hacer suya la obra previa la indemnización establecida o a obligar al que realizó la construcción a pagarle el precio del terreno». Entiende el recurrente que ha quedado acreditado que las obras de la vivienda litigiosa construida sobre solar de los fallecidos padres de su esposa fueron costeados íntegramente por la sociedad legal de gananciales, por lo cual, y tal como señaló el juzgado, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 361 y 364 CC, procede que se le abone el costo de edificación realizada o que, abonando la sociedad de gananciales el valor del solar ocupado, pase a ser de su propiedad. Sin embargo, la Audiencia Provincial, según sostiene el recurrente, monta una argumentación insostenible sobre la que denomina «naturaleza jurídica del acto constructivo», rechazando la aplicación por la sentencia de primera instancia de la institución de la accesión. Elucubrando, «que lo construido se produjo por vía de un convenio entre los suegros y la sociedad conyugal en los que no cabe aplicar las asépticas normas de la accesión» sino «en un gasto autorizado que no fue reclamado en la situación de normalidad matrimonial...»; que, como bien se recoge en la primera sentencia lo construido no fue una mejora, sobre un inmueble de los demandados, sino una vivienda construida en la segunda planta sobre la de los padres políticos, que cedieron previamente el suelo de la terraza, en forma verbal, con su anuencia en todo momento y del recurrente D. Agustín, por lo cual procede aplicar lo dispuesto en el art. 361.

El Tribunal Supremo estima el motivo, ya que entiende que está perfectamente probado que debe entrar en juego lo establecido en el art. 361 del CC, pues como razona el juzgado en su fundamento jurídico cuarto «de la prueba practicada, ha quedado debidamente acreditado que D. Agustín, o mejor dicho la sociedad legal de gananciales, formada por D. Agustín y D.ª Delia, costeó la construcción de la vivienda en litigio, habiéndose acreditado tales pruebas por la documental aportada en las diligencias preparatorias, de los 11 recibos de pago de las obras realizadas al contratista D. Manuel, que el mismo reconoce en el acto de testificación, así como la del resto de los testigos propuestos por la parte actora, personal que realizó la construcción y que testifican que las mismas fueron abonadas por D. Agustín, al igual que el resto de los documentos presentados por la parte actora, donde se establecen que las obras la realizó el actor...»; lo que se confirma, por cuanto que se añade en ese Fundamento jurídico que, «...la propia confesión del demandado D. Domingo (esto es, padre político del actor), el cual en acto de absolución de posiciones del actor, y con referencia a la 5.ª pregunta, reconoce que el actor y su hija costearon las obras, aunque manifiesta haberles ayudado a su pago...», lo que —se concluye— que teniendo en cuenta la prueba practicada en su conjunto, procede, determinar que las obras de la vivienda fueron construidas por la sociedad legal de gananciales, del matrimonio formado por D. Agustín y D.ª Delia y, de ahí procede la fijación de lo dispuesto en el art. 361 del CC, integración fáctica.

Esta conclusión —sigue señalando el Tribunal Supremo—, en nada puede alterarse por lo que al respecto razona la Sala de la Audiencia Provincial, cuando, sin más, en su FJ 4.º hace constar: «...el matrimonio del actor dio lugar a que sus suegros, en acto típico de apoyo familiar a su única hija, permitieran al actor la construcción sobre la azotea y parte del jardín de su vivienda para satisfacer y cubrir las necesidades del matrimonio; donde habitaron hasta que el desarrollo de la actividad profesional del actor les permitió la construcción de la actual vivienda familiar; sin embargo, no es fácil

asegurar que en algo no contribuyese dada la específica naturaleza de la atención prestada al nuevo matrimonio...»; sobre todo, por cuanto se escribe, que «es cierto que resulta difícil afirmar con los datos obrantes en autos que el suegro abonara el total de lo construido»; y luego, en el fundamento jurídico 5.º, también, con una argumentación bien discutible, expone que, «obviada la pretendida titularidad dominical por usucapión pretendida en la demanda, tampoco se admite la derivada de la aludida accesión en que también se apoya» añadiéndose, que por el contrario, las normas aplicables, serán aquéllas que se refieren al constructor, cuando éste actúe fuera de toda relación con el dueño, pero —se añade— que, sin perjuicio de lo cual, el régimen de mejoras, se puede confundir y a veces se confunde con el gasto realizado, y que las obras, en que el gasto se concreta, no significan siempre accesión, por lo cual, en el caso de autos, ha de partirse de que lo construido, se produjo por vía de un convenio entre suegro y sociedad conyugal, respecto del cual, es claro, que no es posible, ni deben aplicarse las asépticas normas de la accesión, y en todo caso, partiendo de los datos probados en autos, concluir en un gasto autorizado que si no fue reclamado en situación de normalidad matrimonial de los socios conyugales, se ha producido una vez rota la relación jurídica conyugal; de lo cual deriva el pronunciamiento de condena a que la única demandada por el fallecimiento de sus padres codemandados abone la mitad del importe de gasto al actor; decisión ésta, bien insólita, aunque no cabe purgar de oficio esta evidente transgresión de la disciplina de la congruencia *ex* art. 359 LEC, ya que, en definitiva, supone reconocer unos derechos a favor del actor, como si hubiera sido esto lo postulado, cuando, efectivamente, lo que fue, según el *petitum*, ha sido el reconocimiento de unos derechos a favor de la sociedad de gananciales, y en consecuencia, ratificando la falta de consistencia probatoria de lo que son, solamente, una serie de juicios emitidos por la Sala sentenciadora, sobre quien costeó la obra ejecutada en el solar de su propiedad, ya que, desde luego, desconoce sobre ese particular el contenido de la prueba de la confesión del codemandado D. Domingo, practicada para mejor proveer a los ff. 253 y ss., en especial la absolución a las posiciones 5.ª y 7.ª, lo que, de suyo, implica integrar el *factum* de partida y valorar la prueba a tenor de los arts. 1232 y demás concordantes del CC, es obvio que ha de prevalecer al respecto todo cuanto se constató con la abundante prueba que se indica, en el FJ 4.º de la Sentencia de Primera Instancia, ya que, sobresale, la correcta interpretación que del art. 361 del CC, efectúa el Juzgado, pues se dan en el litigio los requisitos para que tenga lugar la llamada accesión continua en bienes inmuebles, al no existir duda de que el dueño del terreno era el matrimonio codemandado así como la actuación de buena fe por parte de los actores, al realizar las obras de construcción de un piso en la segunda planta del inmueble de los primeros, con los accesorios de escalera y garaje (cuya propia naturaleza repele el concepto de mejora, que la Sala *a quo* le atribuye).

En el segundo motivo se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 1358 del CC, ya que el fallo de la sentencia de la Sala condena a la demandada a abonar al actor tan sólo la mitad de los gastos invertidos en la construcción de la finca litigiosa sin precisar la actualización de los mismos a la fecha de la liquidación, que por lo tanto, se está conculcando lo preceptuado en el art. 1358 del CC, que determina que habrá de realizarse el reembolso del valor satisfecho a costa del caudal común o propio. A este respecto señala el Tribunal Supremo que, aunque la parte dispositiva de la sentencia recurrida tampoco da pie para su discrepancia en ese particular (habla de «...importe que se justifique en el periodo de ejecución de sentencia»), no obstante, para evitar dudas, también ha de estimarse, pues, según lo dispuesto en el art. 1358 del CC, y en relación con citado art. 361, el importe correspondiente habrá de valorarse, según el que

corresponda a aquel nominal en el momento en que se satisfaga tras la ejecución de la Sentencia, por lo que en ese aspecto procede declarar que la condena de los demandados lo será a favor de la sociedad de gananciales, constituida por D. Agustín y por D.ª Delia, y que asimismo, el importe correspondiente a que se refiere la condena habrá de ser actualizado, al tiempo de la liquidación, o sea, según el valor que se le asigne en el momento de su satisfacción en trámite de ejecución de sentencia.

3.2. *Juzgado competente para liquidar la sociedad de gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de julio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

El juzgado competente para liquidar la sociedad de gananciales es el que conoció del procedimiento de separación o divorcio puesto que a él le corresponde la competencia funcional en virtud del art. 55 de la LEC.

ANÁLISIS DEL CASO

- Mediante sentencia de fecha 1 de septiembre de 1988 el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 (Juzgado de Familia) de Madrid declaró disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio de los cónyuges D. Javier y D.ª Concepción.
- D. Javier formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D.ª Concepción solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación a cada uno de los cónyuges de los bienes que indica.
- D.ª Concepción contestó a la demanda planteando la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción.
- El Juzgado de Primera Instancia número Once de Madrid dictó sentencia el 5 de octubre de 1993 estimando la excepción planteada y sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto absolvía a la demandada de los pedimentos de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.
- En grado de apelación, la Sección 19.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 11 de junio de 1994 estimando parcialmente el recurso y, desestimando la excepción de falta de jurisdicción planteada por la demandada, entró a conocer del fondo del asunto acordando la liquidación de la sociedad de gananciales existente y la adjudicación a cada uno de los cónyuges de los bienes.

- D.ª Concepción interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo confirmando el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La base del recurso la centra la esposa en la alegación de que el conocimiento de la cuestión planteada en este litigio (liquidación de la sociedad de gananciales) correspondía al Juzgado de Familia en ejecución de la sentencia de divorcio que había dictado. El motivo es estimado por el Tribunal Supremo por las razones que seguidamente se exponen: El conocimiento de los procesos de separación matrimonial y de divorcio corresponde, con competencia objetiva exclusiva y excluyente, a los Juzgados de Familia en las poblaciones donde existan (Sentencias de esta Sala de 8 de marzo de 1993 y 2 de junio de 1994). Como la sentencia firme recaída en dichos procesos produce, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial (artículo 95 del Código Civil), es evidente que la liquidación de dicho régimen económico matrimonial (en el caso que nos ocupa, la sociedad de gananciales), en cuanto consecuencia necesaria de dicha sentencia firme, solamente puede lograrse (a falta de acuerdo entre las partes) en trámite de ejecución de la expresada sentencia, por lo que la competencia funcional para conocer de tal ejecución de sentencia corresponde exclusivamente al Juez que la dictó (artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en este caso, al Juzgado de Familia n.º 25 de Madrid y no a ningún otro Juzgado a través de un proceso declarativo ordinario autónomo e independiente, como se ha pretendido en el presente caso, cuyo Juzgado de Familia, además, habrá de llevar a efecto dicha liquidación de la sociedad de gananciales, en ejecución de la expresada sentencia firme de divorcio, por los trámites del juicio de testamentaría (artículo 1410 del Código Civil).

3.3. *Calificación de bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Carácter privativo de las acciones nominativas que un cónyuge recibió como contraprestación a la aportación que hizo del negocio, explotado por su padre y a su muerte por él, a la constitución de la sociedad "FA, SA" en estado de casado.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Esperanza instó demanda de mayor cuantía contra D. Fernando, sobre determinación y liquidación de los bienes de la sociedad de gananciales.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Valencia dictó sentencia el 28 de julio de 1994, estimando en parte la demanda daba lugar a la liquidación, partición y adjudicación del haber ganancial, fijando el activo y pasivo de la sociedad de gananciales y se ordena llevar a cabo las concretas operaciones hasta la adjudicación en período de ejecución de sentencia, con sujeción a los artículos 1068 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a fin de atribuir, en suma, el cincuenta por ciento del caudal que resulte a cada cónyuge.
- En grado de apelación, la Sec. 9.ª de la AP de Valencia dictó sentencia el 28 de julio de 1994 por la que se estimaba en parte el recurso confirmado por la sentencia de instancia salvo en el pronunciamiento relativo a la titularidad de las acciones que posee D. Fernando en la sociedad "FS, SA", que se modifica en el sentido de declarar que se consideran de la sociedad legal de gananciales en un ochenta por ciento, y privativas en el veinte por ciento restante.
- D. Fernando interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El problema jurídico del presente recurso se circunscribe a determinar el carácter que tienen las acciones nominativas que D. Fernando recibió como contraprestación a la aportación que hizo del negocio, explotado por su padre y a su muerte por él, a la constitución de la sociedad "FA, SA" en estado de casado.

En el juicio declarativo instado por D.ª Esperanza contra su esposo D. Fernando para la determinación y liquidación de los bienes de la sociedad de gananciales (así se dice en el encabezamiento de la demanda), recayó sentencia en primera instancia declarando el carácter ganancial de las acciones, que en grado de apelación fue revocada parcialmente por la Audiencia, al estimar privativo un 20% de las repetidas acciones y el 80% restante ganancial.

El recurrente acusa infracción del art. 1346.1.º, 2.º y 3.º CC, en relación con el art. 1352 del mismo cuerpo legal, alegando que la sociedad "FA, SA" es de carácter privativo, por haberse constituido aportando él el negocio heredado de su padre, que con anterioridad a su muerte lo explotaba, recibiendo a cambio las correspondientes acciones (1998) de mil pesetas de valor nominal, y siendo el capital social de 2 millones de pesetas.

El motivo plantea el problema de si es aplicable al supuesto litigioso el art. 1347.5.º CC. La Audiencia así lo estima en su fallo, pero considera que el primitivo negocio que pasó al recurrente fue ampliado y transformado en estado de casado con cargo a fondos comunes, y por todo ello estima privativas el veinte por ciento de las acciones en litigio por la aportación del recurrente a la constitución de la sociedad, y ganancial el ochenta por ciento restante.

Este encaje del supuesto litigioso en el previsto en el precepto citado —señala el Tribunal Supremo— no es acertado. En realidad, lo que existió fue transformación y ampliación del negocio privativo durante la

vigencia de la sociedad de gananciales y con cargo a fondos de la misma y antes de su aportación y ello no hace perder al aportante su titularidad para pasar a compartirla con la sociedad, pues con arreglo a los artículos 1359 y 1360 del Código civil, la mencionada sociedad sólo tiene derecho al reembolso del valor satisfecho actualizado (art. 1397.3.º CC). En suma, un derecho de crédito contra el aportante. Además, es indudable que no se creó ninguna nueva sociedad sino que se vistió como anónima la explotación privativa. No de otra forma puede calificarse el negocio jurídico, cuando el capital social de la primera se fijó en dos millones de pesetas, dividido en dos mil acciones nominativas de mil pesetas cada una, y que se suscribe por el recurrente en cuantía equivalente a mil novecientas noventa y ocho acciones, las otras dos por su hijo y una secretaria, siendo el administrador único de la sociedad el propio recurrente, todo ello basado en la aportación que hace de su negocio privativo. Por último, el art. 1347.5.º CC, aun prescindiendo de estas consideraciones, no se refiere sino a la creación de empresas individuales con fondos comunes, o con fondos privativos y comunes, no a la de sociedades con personalidad jurídica propia distinta de la de los socios. En este último supuesto, la aportación dará derecho a obtener las acciones o participaciones correspondientes, que tendrán naturaleza privativa o ganancial en función del carácter de la aportación, pero la sociedad creada no será en sí misma ni ganancial ni privativa.

Por consiguiente, D. Fernando es propietario de la totalidad de las acciones suscritas por él en la constitución de la sociedad "FA, SA" si bien el mismo será deudor a la sociedad de gananciales del importe actualizado al momento del inventario de lo invertido por la dicha sociedad en la transformación y ampliación del negocio aportado por el reconviniente para constituir "FA, SA", por imperativo del art. 1387.3.º, *in fine,* en relación con los arts. 1359 y 1360, todos del Código civil.

III. SEPARACIÓN Y DIVORCIO

1. *Reclamación de daño moral tras quedar acreditada la infidelidad de la esposa.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de julio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

El daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Alberto y D.ª María Ángeles contrajeron matrimonio civil y canónico en Madrid, el día 8 de mayo 1974. Durante el matrimonio nacieron dos hijos

en 1977 y 1981 e inscritos con los nombres de Sergio y Arianne. En 8 de febrero de 1983, los esposos suscribieron un convenio regulador, protocolizado notarialmente, procediendo así a una separación de cuerpos y bienes, quedando los hijos bajo la guarda y custodia de la madre, con las obligaciones del padre respecto a las cargas matrimoniales.

- En 1984, D.ª María Ángeles demandó a D. Alberto, impugnando su paternidad respecto a los hijos mencionados, en cuyo procedimiento recayó sentencia en 18 de marzo de 1986, en la que se declaró que D. Vicente era el padre de los niños Sergio y Arianne, habidos con D.ª María Ángeles de relaciones extramatrimoniales, con los derechos y obligaciones inherentes a dicha relación paterno-filial, debiendo hacerse en el Registro Civil correspondiente las oportunas rectificaciones e inscripciones.
- En 1986 se instó por D.ª María Ángeles demanda contra D. Alberto sobre disolución del matrimonio por divorcio, y por S. de 15 de febrero de 1988 se estimó la demanda, así como la reconvención, decretándose la disolución, por divorcio, del matrimonio, y se acordó no conceder pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de D. Alberto, sentencia que fue confirmada por la dictada en 6 de mayo de 1989.
- D. Alberto interpuso demanda de menor cuantía contra su ex esposa D.ª María Ángeles sobre reclamación de cantidad solicitando se dictase sentencia condenando a la demandada al pago de 22.200.000 ptas., en base a los siguientes conceptos: «Como consecuencia del daño patrimonial sufrido por el esposo al mantener dos hijos fruto de las relaciones extramatrimoniales entre D.ª María Ángeles y D. Vicente, la cantidad de 25.000 ptas. por hijo y por mes, hasta el momento de la separación de hecho, lo que asciende a 2.150.000 ptas. Se condene también a la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pensión por D. Alberto y que asciende a 50.000 ptas. En concepto de daño moral, se abone a mi representado la cantidad de 10.000.000 ptas. por cada uno de los hijos. Así como también declare nulo el convenio regulador suscrito con fecha 17 de febrero de 1983 y se proceda a una nueva liquidación de la sociedad de conyugal (sic), y en el caso y supuesto de que la misma no pudiera practicarse por haber vendido la demandada los bienes adjudicados, se compense la diferencia entre lo adjudicado en la liquidación que se solicita la nulidad, con la realmente procedente, en metálico».
- D.ª María Ángeles se personó en autos y contestó a la demanda alegando la excepción perentoria contemplada en el art. 1968 CC, en relación con el 1902 del mismo cuerpo legal, por haber transcurrido más de un año desde que se conoció el hecho, que teóricamente da origen a esta reclamación, para terminar suplicando se dicte sentencia desestimatoria.

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 21 de Madrid dictó sentencia el 5 de octubre de 1992 estimando parcialmente la demanda condenando a D.ª M.ª Ángeles a que abone al actor en concepto de daños morales la cantidad total de 10.000.000 ptas., absolviendo a la demandada del resto de las peticiones formuladas contra ella por el actor.
- En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 28 de noviembre de 1994 estimando el recurso interpuesto por D.ª M.ª Ángeles y desestimando íntegramente la demanda.
- D. Alberto interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente considera infringidos los arts. 67 y 68 CC (deberes del matrimonio) en relación con el 1101 (responsabilidad contractual) y argumenta lo siguiente: «La Sala considera que si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación, para añadir que no sólo no lo ha hecho así sino que ha procurado en lo posible "descausalizar" tanto la separación como el divorcio. La infidelidad no se regula tan sólo como causa de separación en el art. 82.1 CC, sino que también se regula en el art. 68, estableciéndose que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Es decir, el legislador ha elevado a la categoría de derecho positivo el criterio moral y social de la fidelidad y al que se refiere la sentencia en el sentido de que la conducta de la demanda-apelante (sic) merece el reproche ético y social, y es además la infracción del deber establecido en nuestro CC en su art. 68. D.ª Ángeles ha incumplido sus deberes como cónyuge a que le obliga el art. 68, siendo infiel a su esposo. Y esa es una obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que ella viene obligada a cumplir. Si no lo cumple, con independencia de otras consecuencias, está incursa en causa de separación porque así además lo ha querido el legislador en su art. 82.1. Si sólo hubiera querido que la infidelidad fuera causa de separación, no lo habría incluido en el art. 68, sino tan sólo en el art. 82. El hecho de que el adulterio y amancebamiento hayan sido desprovistos de su tipificación penal no implica que la conducta tipificada en ellos no produzca ya daños morales. El recurrente no sólo ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, ya que los que consideraba como tales no lo eran, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro. La propia parte contraria lo sabe, pero no sólo le pareció poco el daño causado, sino que le dio publicidad en el diario El País, circunstancia ésta que incrementa el daño causado. El recurrente ha estado contribuyendo a las cargas del matrimonio que impone el art. 110 CC al padre, y el 39.3 CE, cuando realmente no lo era, cuando era un tercero el padre y gracias al engaño de la esposa, el verdadero padre se ha visto eximido del deber de alimentar a sus hijos, habiéndolo hecho mi representado porque creía que los hijos eran suyos. Es decir, ha habido dolo en la con-

ducta de la esposa. Y todos estos conceptos se reclaman como consecuencia de que ha habido un incumplimiento contractual, con dolo y mala fe por parte de la esposa, de sus obligaciones matrimoniales, y este incumplimiento tiene sus consecuencias legales, con independencia de que una de ellas sea la de estar incurso en causa de separación».

Indudablemente, señala el Tribunal Supremo, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 CC son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art. 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el art. 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del art. 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar.

Las precedentes consideraciones, unidas a las formuladas en la sentencia recurrida —que el Tribunal Supremo hace suyas— son suficientes de por sí en orden a concluir que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal *a quo* haber infringido, en el aspecto estudiado, los arts. 67 y 68 CC, en relación con el 1101 del mismo, y esto así, y dado lo dispuesto en el rituario art. 1715.3, resulta procedente declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Alberto, con imposición de las costas causadas.

IV. UNIONES DE HECHO

1. *Acceso al recurso de casación.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 20 de julio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

La sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve sobre la determinación de un régimen de visitas y la fijación de la pensión alimenticia de una hija extramatrimonial tiene acceso a casación por vía del art. 484.2.º de la LEC.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Sec. 4.ª de la AP de Zaragoza dictó Auto el día 9 de diciembre de 1998 declarando no haber lugar a tener por preparado recurso de casación por la

representación de don Manuel contra la sentencia de fecha 17 de noviembre anterior dictada por dicho Tribunal.

- D. Manuel interpuso recurso de queja ante el Tribunal Supremo por entender que cabía recurso de casación y éste debía de haberse tenido por preparado.
- El Tribunal Supremo estimó el recurso de queja, acordando que la Audiencia procediese conforme a lo indicado en el art. 1696 de la LEC.

COMENTARIO DEL AUTO

La presente queja ha de ser estimada porque el juicio de menor cuantía resuelto en segunda instancia por la Sentencia que se pretende recurrir en casación versó sobre el derecho de los progenitores a la guarda y custodia de su hija extramatrimonial, determinación del correspondiente régimen de visitas y asignación de alimentos a la menor, materia que no debe incardinarse en el ámbito de la letra b) del art. 1687.1.º LECiv, donde la total conformidad de las Sentencias de ambas instancias cierra el camino de la casación, sino en el de la letra a) del mismo precepto, al encajar en los supuestos del art. 484.2.º LECiv si las expresiones paternidad y maternidad se entienden en un sentido amplio y comprensivo de las relaciones paterno-filiales cuyos conflictos se decidan en juicio declarativo ordinario, tal y como entendió también esta Sala en su Auto de 3-6-1997 al considerar admisible por razón de la Sentencia recurrida el recurso de casación núm. 3073/1996, criterio que ha sido mantenido en Autos de esta Sala de 16 de septiembre de 1997, 29 de septiembre de 1998 y 20 de octubre de 1998 al resolver recursos de queja. Por último, las alegaciones del recurso sobre si la competencia para conocer de asuntos como el presente corresponde a los Juzgados de Primera Instancia o a los Juzgados especializados de Familia exceden del ámbito propio del recurso de queja, ámbito que viene limitado a si la denegación preparatoria de la casación se ajustó o no a Derecho en función, única y exclusivamente, del plazo en que se intentó y la resolución contra la que se intenta (arts. 1697 a 1702 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

V. ERROR JUDICIAL

1. *Demanda de error judicial en un procedimiento de divorcio.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de julio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

No cabe alegar error judicial cuando lo que se aporta son errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, que obedecen a una discrepancia particular e interesada con la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial en uso de sus facultades juzgadoras.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Ceferino promovió ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo demanda de error judicial, solicitando se dicte sentencia por la que se declare la existencia de error judicial en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dimanante de los autos de Divorcio 37/1996 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Avilés, por cuanto consta acreditado en los autos que D. José Ceferino no trabajaba en el momento de presentar la demanda, ni dejaba de trabajar "voluntariamente" sino al finalizar la obra o servicio para la que había sido contratado, con todos los demás pronunciamientos consecuentes, y declarando que dicho error produce efectos indemnizatorios a favor de mi representado, como perjudicado, imponiendo las costas a la Administración del estado.
- El Abogado del Estado se personó en las actuaciones y presentó contestación a la demanda solicitando su desestimación.
- El Ministerio Fiscal emitió el siguiente dictamen: «Procede desestimar la demanda de error judicial, ya que lo que pretende el demandante es convertir este proceso excepcional en una tercera instancia, no apreciándose en la sentencia objeto de la demanda, ningún tipo de error, y sí la utilización de un único inciso en todo un razonamiento jurídico, que no afectaría al resultado del proceso, ni puede ser determinante de error judicial».
- El Tribunal Supremo desestimó la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El demandante alega como base del error judicial denunciado que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo —Sección Sexta— de fecha 8 de mayo de 1997 —confirmatoria de la del Juzgado de Avilés Uno el 14 de septiembre de 1996, en proceso de divorcio—, contiene dos errores transcendentales. El primero al quedar decidido que dicho demandante desde un principio ocultó sus ingresos, pues si en la demanda (presentada el 24 de enero de 1996) afirma que carecía de los mismos, la certificación emitida por «R, SA» (folio 112) deja constancia de lo falso de tal declaración, ya que hasta el 14-3-1996 trabajó para dicha compañía. La Sentencia también declara seguidamente: «dándose entonces de baja» (voluntaria, por supuesto), lo que integra el segundo error denunciado.

Respecto al primero se pretende contradecir con una certificación de la Seguridad Social, lo que el Tribunal de Instancia tuvo en cuenta para sentar, como hecho probado, la gran cantidad de empresas para las que el demandante trabajó, «evidenciando así una facilidad para contratar trabajos y su muy difícil control».

En cuanto al segundo error, se declara efectivamente demostrado que el cese en sus actividades laborales no fue provocado por causa alguna ajena a su voluntad. Se trata más bien de bajas laborales libremente decididas y adoptadas por el referido litigante.

Los errores pretendidos que se dejan reseñados no conforman —señala el Tribunal Supremo— efectivo error judicial, que sólo se produce, conforme consolidada doctrina de esta Sala Civil del Tribunal Supremo, en interpretación de los artículos 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 123 de la Constitución, cuando, aparte de darse manifiesta equivocación en la fijación de la base fáctica del proceso, se tienen en cuenta pruebas que no han tenido lugar, o aportaciones extra procesales si los hechos, que se presentan debida y suficientemente acreditados, son omitidos de forma transcendental (SS. de 18-4-1992, 10-10 y 14-12-1993, 7-2 y 13-12-1994, 9-3 y 17-7-1996 y 13-1-1998), e incluso cuando resultan inventados y, a su vez, por el Ordenamiento jurídico aplicable, si se incurre en equivocaciones manifiestas y notoriamente afrentosas y contrarias al derecho (SS. de 4-1-1988, 18-4-1992, 2-6-1993 y 27-3-1993), si se aplican normas inexistentes (Sentencia de 24-10-1998) o que han perdido toda vigencia (SS. de 27-3 y 15-10-1993 y 7-2-1994), y, en resumen, si la resolución se toma fuera de los cauces legales (Sentencias de 24-4-1996, 11-9-1996 y 16-9-1998), y también cuando es totalmente injustificada (SS. de 8-11-1991, 14-11-1993 y 13-12-1994).

El Tribunal de Instancia, del examen conjunto del material probatorio, alcanzó la conclusión, que es lo que importa y resulta decisivo, que D. José Ceferino no había demostrado en ningún momento que no hubiera trabajado con el camión de su propiedad, dada su profesión de transportista autónomo sin control oficial, ni que efectivamente su subsistencia estuviese costeada por amigos y familiares, y, consiguientemente, que le afectase una situación real de no poder atender a la pensión fijada de treinta mil pesetas mensuales a favor de su hijo. El procedimiento de error judicial no puede convertirse en una tercera instancia y esta Sala Civil del Tribunal Supremo cuida de evitar que se produzca tal anomalía procedimental que precisamente sería antiprocesal, por lo que reiteradamente viene declarando, en supuestos como el que nos ocupa, que no cabe alegar error judicial cuando lo que se aporta son errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, que obedecen a una discrepancia particular e interesada con la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial, en uso de sus facultades juzgadoras (Sentencia de 3-3-1993), pues lo que en definitiva se pretende es una

nueva valoración de la prueba, que ya resultó efectuada por el órgano judicial competente (Sentencia de 5-3-1998) y sin que su sentencia proceda ser tachada de arbitraria, absolutamente incongruente o desproporcionada (Sentencia de 27-3-1998).

VI. PENSIONES DE VIUDEDAD

1. *Porcentaje de la pensión de viudedad en supuestos de divorcio sin que concurran más beneficiarios.*

Tribunal Supremo, Sala 4.ª, Sentencia de 14 de julio de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús González Peña.

El módulo temporal para calcular la pensión de viudedad arranca en el período que inició el matrimonio y termina en el momento en que se terminó la convivencia, siendo indiferente que no exista ninguno otro beneficiario a la pensión de viudedad.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Visitación y D. Jesús contrajeron matrimonio el 17 de diciembre de 1951 conviviendo hasta el 27 de octubre de 1962 en que se produjo la separación de hecho. Con fecha 22 de diciembre de 1992 se dictó sentencia de divorcio. D. Jesús falleció el 23 de marzo de 1997.
- A D.ª Visitación le fue reconocida una pensión de viudedad en cuantía correspondiente al 24 por 100 de la correspondiente pensión en razón al tiempo de convivencia matrimonial.
- Agotada la reclamación previa, interpuso la correspondiente demanda dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Oviedo el 22 de enero de 1998 por la que se declaraba el derecho de la actora a percibir pensión de viudedad, con efectos iniciales a los 3 meses anteriores a la fecha de solicitud en cuantía resultante de aplicar al 45 por 100 de su base reguladora el porcentaje del 90,64 por 100, condenando a la entidad gestora a pasar por esta declaración y al abono de la correspondiente pensión.

- Interpuesta suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Asturias dictó sentencia con fecha 25 de septiembre de 1998 estimando el recurso interpuesto por el INSS y declarando conforme a derecho la resolución del INSS de fecha 22 de julio de 1997 condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración.
- D.ª Visitación interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

D.ª Visitación interesaba el reconocimiento de la pensión de viudedad sin limitación alguna en relación con el tiempo de convivencia matrimonial, dado que según se manifestaba, esa restricción únicamente es posible en los supuestos de concurrencia de varios beneficiarios de dicha prestación, circunstancia que no sucede en el presente supuesto al no existir ningún otro posible beneficiario a la pensión de viudedad, puesto que ninguno de los cónyuges volvió a contraer nuevas nupcias.

Para viabilizar el recurso de casación se citó como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del TSJ Galicia de 22 de febrero de 1996, previamente referenciada en el escrito de preparación, sentencia con la que se acredita el presupuesto de contradicción exigido en el art. 217 LPL. En efecto, en la misma se contempla como situación de hecho la de un matrimonio contraído en el año 1975 y disuelto por sentencia de divorcio del día 27 de abril de 1983, sin que los antiguos cónyuges volvieran a contraer matrimonio, si bien uno de ellos tuvo una unión de hecho de la que nacieron dos hijos. Producido el fallecimiento, su pareja solicitó la pensión de viudedad que le fue denegada, y posteriormente interesó la misma prestación su anterior mujer, que fue reconocida como beneficiaria en proporción al tiempo de duración de su matrimonio. El Tribunal Superior estimó el recurso de suplicación, con cita de la sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 1995, dictada por la totalidad de los miembros que la componían, si bien con votos particulares, y reconoció a la accionante la prestación en toda su integridad, sin limitación por razón del tiempo de convivencia matrimonial, pues manifiesta en su argumentación que al faltar la situación de concurrencia la prestación ha de ser reconocida sin descuento, ya que la norma no limita el derecho por la razón de que se haya producido el divorcio. Es, pues, evidente que ante litigantes en idéntica situación, y con hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, y en esencia aplicando la misma legislación, pues el art. 174 del TR LSS incorpora sin modificarla lo dispuesto en este aspecto por la disp. adic. 10.ª L. 30/1981 de 7 de julio, ambos Tribunales Superiores llegaron a pronunciamientos distintos, como indica el art. 217 anteriormente citado.

Para determinar cuál es el porcentaje de la pensión de viudedad en los supuestos en que el matrimonio se disuelve por sentencia de divorcio, sin que los cónyuges vuelvan a contraer posteriores nupcias, inicialmente pueden adoptarse tres criterios:

a) Atender al tiempo transcurrido desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de su disolución decretada por sentencia de divorcio; postura seguida por la sentencia de instancia.

b) Atender exclusivamente al tiempo de convivencia matrimonial, criterio segui-

do por la sentencia combatida, que confirma la postura de la Entidad Gestora.

c) Finalmente, tener en cuenta exclusivamente el tiempo transcurrido desde el enlace legal hasta el óbito, para reconocer la prestación en su integridad y en el porcentaje del 45% de la base reguladora, posición que adoptó la sentencia de contraste. En la sentencia de la Sala General que se cita en la traída a comparación, el problema a resolver era la determinación del porcentaje de la pensión que corresponde a la viuda cuyo causante había disuelto un anterior matrimonio por sentencia de divorcio, y en ella se adoptó el criterio que la pensión es la que resulta de descontar, del importe total de la prestación íntegra, la proporción asignable a la divorciada, calculada en relación al período que alcanzó la convivencia matrimonial de ésta, con lo que se computa a favor de la viuda los períodos de tiempo intermedio entre ambos matrimonios.

En su argumentación, al delimitar el alcance y significación de la disp. adic. 10.ª L. 30/1981, contempla indirectamente la situación del divorciado y del separado que no vuelve a contraer matrimonio, como comprendidos en la norma 1.ª con los límites de la norma 3.ª Hay que resaltar, como indica la sentencia, que esa norma amplía los límites del anterior art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto al separado, e introduce *ex novo* el derecho del divorciado, si bien con las precisiones de la norma tercera, que según se indica excluye que pueda entenderse comprendida en su previsión la concurrencia del viudo, concluyendo que la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado es la proporcional al período de su convivencia con el causante. Esta exclusión de la norma tercera da origen a que la sentencia de contraste, al existir sólo un matrimonio, entienda que no cabe hablar de distribución proporcional al faltar el requisito de la concurrencia, y por ello, la prestación ha de ser reconocida en su integridad al demandante al no limitar la norma su derecho por razón de que se haya producido el divorcio, y al hablar la sentencia de la Sala, en su FJ 4.º, que los límites que sanciona la norma 3.ª consisten en que la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado es proporcional al período de convivencia matrimonial con el causante, da lugar a que la propia Entidad Gestora se apoye en la misma sentencia para impugnar el recurso de casación. Ello lleva a la Sala a estimar que es necesario clarificar las referidas manifestaciones para resolver el problema sometido a su consideración.

Como se desprende de lo razonado hasta este momento, la postura de las partes deriva de la diferente interpretación del núm. 2 del art. 174 TRLGSS, aprobado por el D. Leg. de 20 de junio de 1994, que recoge en esencia la regla 3.ª de la disp. adic. 10.ª de la L. 30/1981. La interpretación de la norma puede efectuarse, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, atribuyendo al único beneficiario la integridad de la pensión al no existir supuesto de concurrencia, o por el contrario, distribuyendo la prestación en el caso en que existen varios beneficiarios con derecho a la misma. Aunque la sentencia de la Sala no se enfrentaba directamente con el supuesto que hoy se contempla, es decir, caso de divorcio sin contraer los cónyuges nuevo matrimonio, ya se indicó que en sus razonamientos se detuvo en el problema, adoptando el criterio que en este recurso ha de estimarse que es el correcto. Para llegar a esta conclusión la Sala estima necesario realizar la interpretación de la norma acudiendo al elemento literal o filológico, examinar la evolución de nuestra legislación en esta materia, y atender a la interpretación lógica, para buscar el fin o motivo de la ley a fin de concretar si en esta interpretación existe o no un criterio restrictivo, principal defecto que puede achacarse a dicha solución.

La interpretación gramatical es bastante expresiva en el sentido de que la pensión corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, como señala el núm. 3.º de la disp. adic. 10.ª

Como puede entenderse que esta regla ha de interpretarse en relación con la frase utilizada en la regla 1.ª «con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio» en los supuestos en que existe un solo cónyuge, el análisis requiere mayor concreción. La L. 26/1990 autorizó al Gobierno para elaborar un texto refundido de la LSS en el que se integren, entre otras, las disposiciones en materia de Seguridad Social contenidas en normas con rango de ley de otras ramas del ordenamiento jurídico. Fruto de esta autorización lo constituyó el Texto refundido aprobado por el D. Leg. 1/1994 de 20 de junio en el que se incluyó la referida disp. adic. 10.ª en el art. 174 que prácticamente reproduce la citada disposición.

La modificación introducida por la L. 66/1997, si bien no aplicable por razón del tiempo al supuesto litigioso, viene a clarificar la cuestión que se examina desde el momento en que manteniendo una redacción prácticamente igual a las anteriores si bien exige que no se hubieran contraído nuevas nupcias, manteniendo la pensión en cuantía proporcional al tiempo convivido. Contemplando la evolución histórica no es necesario remitirnos a la legislación anterior a la entrada en vigor del Texto Articulado primero de la LSS, donde las normas del Mutualismo Laboral exigían como condición común a todos los supuestos a los que otorgaba la posibilidad de pensión el haber hecho vida conyugal con el causante hasta su muerte, perdiéndose la condición por conducta deshonesta o inmoral, causa de extinción recogida igualmente en el art. 11 de la Orden de Muerte y Supervivencia, lo que daba lugar a innumerables situaciones de «hospedaje», hasta tal punto que las Entidades Gestora no aplicaban este precepto de acuerdo con un Oficio Circular de 15 de noviembre de 1984. No obstante conviene matizar como curiosidad histórica que el Convenio núm. 102 de la OIT calificaba simplemente dicha conducta como causa de suspensión de la prestación. Concretándonos a otros requisitos de esa legislación de la década de los sesenta, la Ley de Bases de la Seguridad Social exigía a la viuda, como condición común en todos los supuestos en que se reconocía la condición de beneficiario, la convivencia habitual con el cónyuge causante, salvo declaración de inocencia en la separación judicial, sin exigir ese matiz de mayor intensidad de vida conyugal, de la normativa que acabamos de citar el requisito de haber alcanzado los 40 años de edad, se suprimió en virtud de lo dispuesto en la Ley de Perfeccionamiento, recogida en el art. 160 TRLSS, aprobado por el Decreto de 30 de mayo de 1974. Ante estas disposiciones la doctrina del TCT se centró en ese requisito de la convivencia que era exigida como condición indispensable, salvo los supuestos de declaración de inocencia, en los casos de separación judicial, puesto que como señalaban sus sentencias, con las prestaciones de viudedad se intenta compensar la pérdida del mutuo auxilio implícito en la vida en común.

Si bien la convivencia constituye, según esa doctrina, la razón principal que justifica la existencia de esta prestación, pues no está fundamentada en posibles derechos hereditarios, como declaró con reiteración el TCT, esa postura doctrinal decayó ante la modificación introducida en la referida disp. adic. que venimos comentando, hasta el punto de que la propia Entidad Gestora, en resolución de 23 de junio de 1989, no exigió la concurrencia del referido requisito, como ya no lo exige el art. 174 del Texto Refundido.

La modificación legal no tuvo otra razón de ser que la de introducir en la regulación legal de las prestaciones de muerte y supervivencia las nuevas situaciones legales reconocidas de separación y divorcio, pero sin pretender variar los requisitos exigidos para obtener esas prestaciones, salvo en el aspecto necesario para reconocer las nuevas situaciones personales. Es evidente por ello, como dice la sentencia de la Sala General, que en relación a los supuestos de separación se amplió en beneficio, desde el momento en que en la regulación anterior extinguida la convivencia, salvo el supuesto de excepción de la declaración de inocencia en la separa-

ción judicial, se perdía la cualidad de beneficiario de la prestación, mientras que en la modificación legal, aunque limitada, se reconoce el derecho a las prestaciones en la regla 3.ª de la Ley de 7 de julio de 1981. A la misma conclusión se llega en relación con el divorciado, pues es indiscutible que el derecho a su favor se reguló *ex novo* en dicha norma. Por ello, aunque se reconozcan las prestaciones con las limitaciones de dicha regla, incorporada actualmente y en la fecha del óbito en el núm. 2 del art. 174, no puede hablarse de una regulación restrictiva, con la consecuencia, en el supuesto que nos ocupa, es decir, en el caso de existir un solo beneficiario mediando la rotura del vínculo o de la convivencia, que haya de reconocerse la pensión en su integridad para no incurrir en esa regulación más limitativa, pues es evidente que con arreglo a la anterior legislación no se alcanzaría el derecho a ser beneficiario. Ello es incontrovertido en los supuestos de divorcio, al desaparecer el vínculo, de acuerdo con el art. 85 CC, y lo sería asimismo en la hipótesis de separación al no existir convivencia. Ante la nueva regulación lo único que cabe es preguntarse cuáles son las razones que llevan al legislador a esa ampliación del derecho, y la respuesta no puede ser otra que si la convivencia dejó de ser un requisito esencial para la concesión de la pensión, el reconocimiento de la prestación al separado o al divorciado, únicamente puede derivar de que en su momento «se convivió y ganó día a día esa posible cualidad que puede darle derecho al beneficio».

Por todo lo razonado, hay que estimar que esos criterios de interpretación, confirman la que se deduce del análisis gramatical. Por ello, reiterando la doctrina que se desprende de la sentencia de 21 de marzo de 1995, hay que concluir que, aunque mitigado ya el requisito de la convivencia, pues no constituye condición exigible para alcanzar la prestación, sí lo es a efectos de determinar el porcentaje de la pensión en los supuestos en que los cónyuges no contraen nuevas nupcias. El módulo temporal para calcular la pensión de viudedad arranca en el período que inició el matrimonio y termina en el momento en que se terminó la convivencia. Por ello es indudable que la doctrina correcta es la de la sentencia combatida que no incurrió en la violaciones denunciadas, por lo que procede la desestimación del recurso.

VII. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS A MENORES

1. *Lesiones producidas a un menor por otro menor en un lance del juego.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de octubre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

La declaración de falta de culpa (penal) en una sentencia (absolutoria) dictada por el orden jurisdiccional penal no impide que el orden jurisdiccional civil pueda, con valoración libre de lo actuado ante el mismo, apreciar una situación de imprudencia (civil). Inexistencia de caso fortuito.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 11 de mayo de 1989, con ocasión de hallarse varios niños jugando en el patio del centro escolar, consistiendo el entretenimiento en el manejo de unos palos con el propósito de imitar el juego de «marcianos», en un momento dado, un palo que había arrojado uno de los menores, cayó sobre el ojo derecho del compañero José Pablo, de siete años de edad, el que sufrió una grave lesión, con pérdida del globo ocular.
- D. José, actuando en calidad de padre y representante legal de su hijo menor José Pablo instó demanda de menor cuantía contra la Generalitat de Catalunya, contra los representantes legales del menor Antonio, sus padres D. Antonio y D.ª Amparo y contra el profesor D. Juan sobre reclamación de daños y perjuicios, solicitando que de forma solidaria se condene a los demandados a abonarle: «a) Una pensión vitalicia atendiendo a la pérdida irreversible del ojo, y demás secuelas a consecuencia de la pérdida de la visión, cuya compensación económica se cifra en 30.000.000 de pesetas, o en su caso, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia. b) El pago de todos los gastos, por el accidente, consistente, en los honorarios profesionales del doctor A. P., que asciende a la suma de 65.000 pesetas, al pago de los gastos del psicólogo don Juan cuyo importe asciende a la suma de 173.600 pesetas, y a los gastos pagados en Óptica B. cuyo pago asciende a la suma de 4.200 pesetas. c) Asimismo, se solicita que la sentencia declare: "La obligación que tienen los codemandados a resarcir o satisfacer al menor los gastos que en el futuro pudieran generarse en el supuesto de que se hiciera un avance científico en que fuera posible la recuperación del ojo perdido, en cualquier parte del mundo, siempre que dicho evento pudiera probarse en ejecución de Sentencia, y fuera viable con resultado positivo, dándose los resultados positivos para recuperar la visión". Todo ello con expresa imposición de las costas».
- Los demandados se personaron en autos y solicitaron la desestimación íntegra de la demanda.
- El Juzgado de 1.ª Instancia de Gandesa dictó sentencia el 16 de mayo de 1994 condenando a la Generalitat de Catalunya a que indemnice al menor con 177.200 pesetas por los gastos sufridos por la pérdida del globo ocular derecho, debiendo ser indemnizada tal secuela con 6.000.000 de pesetas, a la vez que se le impone la obligación de hacer efectivas aquellas cantidades que se determinen necesarias en ejecución de sentencia para lograr la sanidad y recuperación del ojo perdido, no haciendo especial pronunciamiento en costas.
- La Sec. 1.ª de la AP de Tarragona dictó sentencia el 22 de noviembre de 1994 elevando la cuantía de la indemnización por secuelas a 10.000.000

pts. incluyéndose tanto las secuelas físicas y psíquicas como los defectos estéticos.

- La Generalitat de Catalunya interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primero motivo del recurso la Generalitat de Catalunya alega la infracción de la Jurisprudencia relativa a los efectos en el proceso civil de las sentencias penales absolutorias. Se hace referencia a que con anterioridad al proceso civil se siguió proceso penal —juicio de faltas núm. 51/1990 del Juzgado de Instrucción de Gandesa— que terminó con Sentencia absolutoria de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona de 25 de julio de 1991, que confirmó la apelada del Juzgado de Instrucción de 11 de enero del propio año.

El Tribunal Supremo desestima el motivo. En primer lugar, en el desarrollo del mismo se realiza un análisis comparado de las Sentencias dictadas por el Juzgado de Instrucción en el juicio de faltas, por el Juzgado de 1.ª Instancia en este proceso y la de la Audiencia Provincial que resuelve el recurso de apelación contra la anterior. El objetivo es tratar de obtener una relación fáctica más beneficiosa a los intereses de la recurrente, pues el relato histórico de la Sentencia recurrida, que es la de la Audiencia Provincial recaída en el proceso civil, es contundente respecto al suceder de los hechos (dice «siendo obvio que los profesores que estaban al cuidado de los niños dependientes del Departament d'Ensenyament de la Generalitat de Catalunya, no observaron la diligencia precisa y exigible en el cumplimiento de su deber de vigilancia de los alumnos a ellos confiados al no advertir la práctica de juegos de "marcianos" empuñando palos y acometiéndose entre ellos, produciéndose la pérdida del ojo derecho, al introducirse en el glóbulo ocular el palo que empuñaba el niño compañero de juegos Antoni. Tal análisis comparativo está vedado en casación pues la única Sentencia objeto de recurso es la de apelación, sin perjuicio de acudir a la apelada cuando aquélla lo permita por remisión expresa, o confirmación implícita. En segundo lugar, la doctrina de la integración del *factum,* cuya aplicación se postula en el desarrollo del motivo para traer apreciaciones fácticas del juicio de faltas, no permite alterar o cambiar la relación de hechos probados de la Sentencia recurrida. A través de la misma no cabe introducir hechos nuevos (S. 11 de febrero de 1986), ni suplir la falta de valoración probatoria (SS. 7 de marzo de 1992, 4 de marzo de 1993, 7 de marzo de 1994 y 10 de junio de 1995). Lo único que autoriza es a complementar relaciones incompletas, pero en modo alguno es posible sustituir al Tribunal de la instancia en su función soberana de apreciación de las pruebas, so pena, en otro caso, de convertir a la casación en una tercera instancia, lo que es contrario a su naturaleza y régimen positivo. De todo ello es revelador el contenido de las propias resoluciones citadas en el recurso (SS. de 3 de junio de 1988 y 23 de septiembre de 1989). Y en tercer lugar, en el motivo se aduce infracción de la doctrina jurisprudencial sobre vinculación de las Sentencias penales absolutorias, la cual consiste, según reiterada doctrina legal (de la que son ejemplo reciente las Sentencias de 23 de marzo y 24 de octubre de 1998), en que sólo produce el efecto de cosa juzgada la declaración de no haber existido el hecho de que la acción civil hubiera podido nacer, de conformidad con el precepto del párrafo primero del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta doctrina no tiene

nada que ver con el caso de autos, pues la resolución recaída en el proceso penal no niega la existencia del hecho que constituye la *causa petendi* del proceso civil. También se indica en el motivo que la Sentencia de 28 de noviembre de 1992 extiende el ámbito de la cosa juzgada penal a la autoría, pero, con independencia de que se cita una sola sentencia, en cualquier caso, la sentencia dictada en el proceso penal (juicio de faltas) no absuelve por inexistencia de autor, y es obvio que el caso fortuito hace referencia al factor psicológico de la culpa (previsibilidad), y no a la participación o intervención material en el hecho. Por lo tanto, y como la declaración de falta de culpa (penal) en una sentencia (absolutoria) dictada por el orden jurisdiccional penal no impide que el orden jurisdiccional civil pueda, con valoración libre de lo actuado ante el mismo, apreciar una situación de imprudencia (civil), es por lo que decae el motivo.

En segundo lugar sostiene la Generalitat de Catalunya que se han infringido los arts. 1902 y 1903 del CC ya que se está ante un supuesto de caso fortuito, sin embargo el Tribunal Supremo entiende que el resultado dañoso no se produjo por caso fortuito. Este contempla una situación de imprevisibilidad, o inevitabilidad del resultado, y repele la existencia de culpa. En el caso objeto de enjuiciamiento los niños estaban practicando un juego peligroso, y en tal situación el daño era previsible. Ha habido culpa por parte de los profesores o cuidadores que pudieron, y debieron, haber impedido el juego practicado. Y también ha habido culpa por parte del órgano de la Administración Autonómica, tanto en la perspectiva del artículo 1903 —culpa *in vigilando* o *in eligendo*—, como en el del artículo 1902 —culpa *in omittendo*—, sin que obste, a la falta de previsión del número de cuidadores adecuados, que sea aplicable o no la normativa administrativa de la Generalitat (Decreto 129/1985, de 13 de mayo, publicado en el DOGC de 5 de junio, núm. 545), pues era la específica situación del internamiento temporal de los menores y su número la que exigía una mayor intensidad en el cuidado y vigilancia que la que se había dispuesto.

La parte recurrente cita en apoyo de su postura la Sentencia de esta Sala de 21 de noviembre de 1990 en que se aprecia caso fortuito en un caso, que se dice, similar (pérdida de un ojo por un menor agredido por otro con un tenedor, mientras comían en un comedor escolar veinticuatro niños vigilados por una profesora). Sucede sin embargo que se trata de dos supuestos (el de autos y el alegado) notablemente distintos. En el supuesto alegado no existía una situación de riesgo (actividad peligrosa) y la agresión rápida e inopinada era imprevisible; y además la Sentencia sienta la diligencia de la profesora, las condiciones normales y no incómodas del comedor, y que los alumnos estaban vigilados convenientemente.

La Jurisprudencia viene manteniendo, en los supuestos de daños sufridos por menores derivados de hechos extracontractuales, una línea definida. De una manera similar al caso citado de la Sentencia de 1990, se declara la ausencia de culpa en la S. de 10 de marzo de 1997 (también agresión rápida e inopinada, con lápiz o bolígrafo difícilmente previsible dentro de un orden cotidiano y normal), y también se adopta solución absolutoria cuando se trata de un juego sin peligro (S. de 8 de marzo de 1999), o si concurre culpa (en el sentido de causa) exclusiva de la víctima (SS. de 18 de febrero de 1985, 17 de julio de 1986 y 2 de abril de 1998). En aras de la protección de los menores (especialmente por razón del menor discernimiento) se acentúa la exigencia de la diligencia —medidas de previsión, vigilancia, atención y cuidado— (SS. de 13 de septiembre de 1985; 11 de julio de 1990; 5 y 22 de febrero, 28 de mayo y 4 de junio de 1991; 7 de enero de 1992; 24 de febrero y 27 de septiembre de 1993; 24 de marzo, 4 de mayo y 8 de noviembre de 1995; 25 de septiembre y 8 de octubre de 1996; 31 de mayo, 5 de junio y 31 de diciembre de 1997; 13 de abril, 30 de mayo, 30 de junio y 3 de julio de 1998; 15 de marzo y 18 de mayo de 1999). Por último, y en relación concreta con el

caso, por un lado, se destaca la valoración de la situación de peligro de la actuación o juego desarrollado en SS. de 10 de junio de 1983 —menores jugando a lanzar piedras al aire—; 10 de noviembre de 1990 —juego de la «lima»—; 3 de diciembre de 1991 —ballesta con alfiler—; 20 de mayo de 1993 —con balón pinchado, deformado y de material plástico duro—; 30 de junio de 1995 —jugando con sendas escopetas de aire comprimido—; 10 de diciembre de 1996 —broche con elemento punzante—; y 17 de septiembre de 1998 —jugando con «tirachinas»—. Y por otro lado, en relación con la responsabilidad de los Centros de Enseñanza o de tutela cabe citar las Sentencias de 10 de noviembre de 1990; 3 de diciembre de 1991; 30 de octubre de 1992; 15 de diciembre de 1994; 5 y 10 de octubre de 1995; 19 de junio de 1997 y 31 de octubre y 29 de diciembre de 1998, cuyo contenido resulta superfluo reproducir, pero que revelan una doctrina demostrativa del acierto de la resolución recurrida y de la carencia de fundamento del motivo examinado, y con él del recurso entablado por la Generalitat de Catalunya, que por ello debe ser desestimado, con imposición de las costas, por imperativo legal (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

VIII. PENAL

1. *Alegación de la compensación ante un delito de impago de pensiones.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 28 de julio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

Aun admitiendo la compensación como modo de extinción de la obligación del pago de las prestaciones económicas establecidas judicialmente en caso de separación, dicha extinción no puede producirse cuando se pretende realizar con supuestas deudas que no son líquidas, vencidas ni exigibles, como sucede con las derivadas de un régimen económico matrimonial que se encuentra pendiente de liquidación.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Francisco contrajo matrimonio bajo el régimen de gananciales con D.ª Noemí el día 9 de diciembre de 1988. En el mes de julio de 1994 la pareja entró en crisis matrimonial, promoviéndose demanda de separación

por la esposa, así como la adopción de medidas provisionales, que dio lugar a la tramitación de los autos núm. 412/1994, dictándose auto de fecha 2 de noviembre de 1994 que entre otras medidas fijó la cantidad de 200.000 ptas. mensuales como contribución a las cargas del matrimonio y alimentos por parte del esposo.

- Posteriormente en el procedimiento de separación se dictó sentencia el día 11 de marzo de 1996 por el Juzgado de Primera Instancia de núm. 7 de León, que además de declarar la separación de los cónyuges, acuerda la disolución de la sociedad de gananciales, ratificando las medidas decretadas previamente, entre ellas y en lo que aquí interesa, fijando la cantidad de 200.000 ptas. mensuales para la esposa en concepto de pensión compensatoria, debiendo abonarse por el demandado (el acusado) por meses anticipados en los primeros cinco días de cada mes. Esta sentencia fue recurrida en apelación, dictándose sentencia por esta Sec. 1.ª de la AP de León, el día 31 de mayo de 1997, que confirmando la suma establecida como pensión compensatoria fijó un plazo de efectividad de la misma de cinco años a contar desde esta última fecha.
- Desde que se dictaron las citadas resoluciones judiciales y al menos hasta el mes de noviembre de 1997, D. Francisco no ha abonado a D.ª Noemí, por el concepto de las pensiones referidas, cantidad alguna. Afirmando en el acto del juicio oral que tenía y tiene bienes para pagar la pensión, pero que no lo ha hecho porque estima que D.ª Noemí le debe más dinero a él. Existían varias sociedades: L., SL, A., SL, Le., SL, y C., SL, en las cuales participaban con diversas cuotas los cónyuges, así como los hijos de ambos de anteriores matrimonios, desempeñando en algunas de ellas el acusado el cargo de administrador único y D.ª Noemí el de apoderada.
- El Juzgado de Instrucción n.º 8 de León instruyó procedimiento abreviado con el núm. 628/1996, y una vez concluso lo remitió a la AP de León, que con fecha 7 de julio de 1998 dictó sentencia condenando al encausado D. Francisco, como autor responsable de un delito de abandono de familia antes definido, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho arrestos de fin de semana, condenándole asimismo al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular y a que indemnice a D.ª Noemí en la suma de 7.200.000 ptas. Absolviéndole con todos los pronunciamientos favorables del delito de alzamiento de bienes que se le venía imputando por la acusación particular.
- D. Francisco interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente funda su recurso en que la sentencia de la Audiencia no ha tenido en cuenta en la sentencia la "compensación" como medio de extinción de las obligaciones reconocido en el art. 1156 CC. Alega el recurrente que si bien es cierto que no ha abonado en momento alguno la pensión mensual judicialmente establecida en favor de su esposa y también lo es que dispone de medios suficientes para ello, su obligación ha de considerarse extinguida por compensación dado que, a su entender, su esposa le adeuda cantidades superiores por otros conceptos, entre los que cita pagos realizados por el recurrente para la extinción de cargas hipotecarias que supuestamente gravaban bienes comunes, gastos ocasionados por los hijos de su esposa durante la convivencia matrimonial, joyas y pieles que dice fueron apropiados por su cónyuge, etc.

El motivo, señala el Tribunal Supremo, no puede ser acogido. En primer lugar se apoya en elementos fácticos que no tienen reflejo alguno en los hechos declarados probados. Pero aun cuando se complementasen éstos, acogiendo hipotéticamente el tercer motivo de recurso que así lo interesa por la vía casacional del art. 849.2 LECrim., los datos incorporados carecerían de virtualidad para modificar el fallo. En efecto, la compensación como modo de extinción de las obligaciones requiere, entre otros requisitos, que las deudas sean vencidas, líquidas y exigibles (art. 1196 CC). En el supuesto actual, el recurrente, que reconoce que se niega a abonar la pensión judicialmente establecida disponiendo de medios sobrados para ello, pretende compensar su deuda, líquida, vencida y exigible, con supuestas obligaciones que no cumplen dichos requisitos legales, encontrándose pendientes para su determinación, liquidación, vencimiento y exigibilidad de la necesaria liquidación de la sociedad de gananciales.

Conforme a lo dispuesto en el art. 1396 CC, «disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad», y conforme al art. 1403, «pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad», añadiendo el art. 1405 que «si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga el crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente».

En el caso actual el recurrente pretende extinguir por compensación su obligación de abonar las pensiones mensuales establecidas en resolución judicial en un supuesto de separación legal, que son líquidas, vencidas y exigibles, con supuestas deudas provenientes de las relaciones patrimoniales de los cónyuges durante la vigencia del régimen económico matrimonial, cuando éste no ha sido liquidado y, en consecuencia, ni dichas deudas son líquidas ni exigibles, ni siquiera se puede afirmar que existan o lleguen a existir. Así por ejemplo la supuesta deuda derivada de gastos ocasionados por los hijos de la esposa debe contemplarse desde la perspectiva de lo dispuesto en el art. 1362.1.2 CC, conforme al cual «la alimentación y educación de los hijos de uno sólo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar», por lo que, de darse este supuesto, no cabría hablar de deuda alguna; y aun cuando no concurriese, habrá de estarse a lo dispuesto por el CC cuando señala que «en caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de su liquidación», es decir, que aun en dicho supuesto, la compensación se encuentra legalmente impedida por el carácter no exigible y

pendiente de liquidación, dentro del proceso más amplio de liquidación del régimen económico matrimonial de la supuesta deuda.

Similar consideración debe efectuarse respecto de los demás conceptos crediticios a que se refiere el recurrente, derivados de las relaciones económicas propias del régimen patrimonial del matrimonio, y por ello, en todo caso, pendientes de determinación y liquidación. Así las cantidades que se dicen adeudadas por «pieles y joyas apropiadas por la esposa», deben contemplarse desde la perspectiva de que el art. 1346.7 CC considera como bienes privativos de cada cónyuge las ropas y objetos de uso personal, salvo que sean «de extraordinario valor», y aun en tal caso deberán incluirse con preferencia en el haber del cónyuge que los utilice (art. 1406.7), por lo que sólo a través del correspondiente procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial podrá determinarse la existencia de deuda alguna por dicho concepto, que, en cualquier caso, será objeto de los reintegros correspondientes conforme a lo prevenido en el art. 1403 CC. Resulta evidente, en consecuencia, que no nos encontramos ante una deuda líquida.

En el mismo sentido cabe señalar idéntica imposibilidad de compensación respecto de supuestas deudas derivadas de abonos realizados para levantar cargas de los bienes comunes, pues dichos abonos únicamente determinarían algún derecho de reintegro en el caso de que se acreditase que se han realizado con bienes privativos (art. 1364 CC), reintegro que, en el hipotético supuesto que hubiera de realizarse, se encontraría igualmente pendiente del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial.

Ha de señalarse, en consecuencia, que aun admitiendo la compensación como modo de extinción de la obligación del pago de las prestaciones económicas establecidas judicialmente en caso de separación, dicha extinción no puede producirse cuando se pretende realizar con supuestas deudas que no son líquidas, vencidas ni exigibles, como sucede con las derivadas de un régimen económico matrimonial que se encuentra pendiente de liquidación.

El precepto penal aplicado (art. 227 CP 1995) ha sido doctrinalmente criticado desde diversas perspectivas. La más relevante, porque podría determinar su inconstitucionalidad, es la de que supusiese una forma encubierta de «prisión por deudas». Ahora bien, la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (BOE de 30 de abril de 1977) que dispone que «nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual», precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los arts. 10.2 y 96.1 CE. Esta norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento («no poder cumplir»), solución a la que ha de llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguardia propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla.

En el supuesto actual está plenamente acreditado y lo reconoce así expresamente el propio recurrente, que dispone de medios sobrados para hacer frente a la pensión establecida, negándose sin embargo a su pago. No ha abonado la pensión en momento alguno, ni cuando se estableció como medida provisional, ni cuando se ratificó en la sentencia de separación, ni cuando se confirmó —limitándola a una duración máxima de cinco años, pero manteniendo su cuantía y periodicidad mensual— en la sentencia de apelación finalmente dictada por la AP, por lo que concurren todos los elementos típicos integradores del delito objeto de acusación y condena. Se ha omitido voluntariamente la conducta debida, no existiendo causa alguna que impidiese su cumplimiento, por lo que no nos encontramos ante un supuesto de sanción por «no poder cumplir», sino por «no querer cumplir» pudiendo hacerlo, no vulnerándose, en consecuencia, lo dispuesto en el art. 11 del Pacto Internacional de Nueva York.

IX. SUCESIONES

1. *Régimen jurídico del depósito bancario del que figuran como titulares el causante y otra persona.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de julio de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Inexistencia de condominio respecto a una cuenta bancaria de la que son titulares dos personas, por lo que acreditado que uno sólo de ellos depositó fondos en la misma, no puede el otro titular disponer de cantidad alguna debiendo proceder a su devolución a favor de la herencia del primero.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Genoveva, D. Fructuoso, D.ª Juana, D. José-Luis y D.ª Ana-María interpusieron demanda de menor cuantía contra D.ª Fermina solicitando se dicte sentencia por la que se declare: A) que la totalidad del saldo de 17.000.000 de pts. existente en la entidad bancaria B. en imposición a plazo fijo pertenecía en pleno dominio, exclusivamente, a D. Antonio el día 27 de septiembre de 1990, en que fue retirado del Banco por la demandada D.ª Fermina, aunque figurasen como titulares indistintos de ella D. Antonio y D.ª Fermina. B) Que la expresada suma y sus intereses pertenecen en pleno dominio a la herencia de D. Antonio. C) Que se condene a la demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y a poner a disposición de la comunidad hereditaria de D. Antonio dicha cantidad, así como los intereses devengados sobre ese principal, desde el día 27 de septiembre de 1990, en la cuantía que se fije en ejecución de la sentencia que se dicte en este procedimiento.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Badajoz dictó sentencia con fecha 4 de julio de 1994 estimando la demanda íntegramente.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Badajoz dictó sentencia el día 2 de noviembre de 1994 desestimando el recurso interpuesto.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega la recurrente la infracción de lo establecido en el art. 393 del CC —se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad—. A ello responde el Tribunal Supremo que ha declarado con reiteración (sentencias de 6 de febrero de 1991, 15 de julio de 1993, 19 de diciembre de 1995, 7 de junio de 1996 y 29 de septiembre de 1997) que las cuentas corrientes bancarias expresan siempre una disponibilidad de fondos a favor de quienes figuren como titulares de las mismas contra el Banco que los retiene, y el mero hecho de su apertura con titulares plurales no determina por sí un necesario condominio sobre los saldos, que viene precisado por las relaciones internas que medien entre los titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos; por todo lo cual el solo hecho de abrir una cuenta en forma conjunta o indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes igualitarias a los figurantes titulares.

Inalterada en este recurso la declaración de la sentencia *a quo* de que los fondos ingresados en la cuenta a plazo abierta a nombre del causante de las partes litigantes y de la recurrente, indistintamente, procedían del peculio de D. Antonio exclusivamente, sin que se haya probado que alguna parte de ellos era procedente del patrimonio de la demandada recurrente, no resulta vulnerado el art. 393 invocado en el motivo al no haber existido condominio alguno sobre el saldo resultante.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

1. *Calificación de bienes.*

TSJ Aragón, Sentencia de 24 de mayo de 1999.
Ponente: Ilma. Sra. D.ª Rosa M.ª Bandrés y Sánchez-Cruzat.

Inclusión en el activo de la sociedad matrimonial legal de la cantidad percibida por el esposo (nueve días después de dictarse la sentencia de separación) como indemnización de despido pactada y la derivada de jubilación anticipada, al atribuirse a tal suma la naturaleza de bien común.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 15 de noviembre de 1992 se dictó sentencia de separación del matrimonio formado por D.ª Carmen y D. José.
- Con fecha 24 de noviembre de 1992 se celebró un acto de conciliación ante UMAC en que se acordó la indemnización y finiquito a favor de D. José con cargo a la empresa P. por un importe de 8.083.600 ptas.
- D.ª Carmen interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra su esposo D. José solicitando la liquidación de la sociedad conyugal. El demandado se personó en autos solicitando se liquidase la sociedad conforme a lo solicitado en el suplico de la contestación.
- El Juzgado de 1.ª Instancia de Monzón (Huesca) dictó sentencia el 30 de abril de 1996 estimando parcialmente la demanda y declarando que el acti-

vo del patrimonio consorcial perteneciente a los litigantes comprende diversos bienes, y concretamente: "El crédito de la sociedad consorcial contra don José por la indemnización y finiquito percibido por éste acordado en acto de conciliación de la UMAC de 24 de noviembre de 1992, con cargo a la empresa P. que asciende a 8.083.600 ptas. por indemnización y 559.610 ptas. por finiquito, debiéndose deducir en ejecución de sentencia de esta última cantidad lo que corresponda a la actividad laboral desarrollada por don José desde la fecha de la firmeza de la sentencia de separación hasta el 24 de noviembre de 1992 que deberá considerarse privativa".

- En grado de apelación, la AP de Huesca dictó sentencia el 7 de mayo de 1997 estimando el recurso interpuesto por D. José revocando la sentencia de instancia declaraba que debe excluirse del activo del patrimonio consorcial el piso de la C/ Calvario, como privativo del esposo, sin perjuicio del acuerdo a que hayan podido llegar las partes en orden a su adjudicación con las compensaciones oportunas; deberá calcularse a la fecha de la separación el valor de rescate que tenía el Plan de Jubilación suscrito con la compañía S., y la cantidad resultante, a determinar en ejecución de sentencia, se incluirá en el activo consorcial, lo mismo que la suma de 559.610 pesetas por finiquito, excluyéndose del activo el crédito por importe de ocho millones ochenta y tres mil seiscientas pesetas correspondientes a la indemnización por el puesto de trabajo, omitiendo un pronunciamiento sobre el pago de las costas de esta alzada.
- D.ª Carmen interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, quien dictó auto de fecha 8 de septiembre de 1998 declarando la competencia para conocer del presente recurso de casación al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. El TSJ de Aragón estimó el recurso de casación y declaró que debía incluirse en el activo de la sociedad matrimonial legal la cantidad de 8.083.600 pts. percibida por el esposo como indemnización de despido pactada, derivada de jubilación anticipada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como suele ser habitual en los procedimientos de liquidación de la sociedad conyugal la cuestión se centra en determinar el carácter común o privativo de los bienes. En el presente supuesto se discute si la indemnización percibida el esposo, unos días después de la sentencia de separación, en virtud de rescisión de contrato laboral con la consideración de despido improcedente tiene o no carácter privativo. El Juzgado de 1.ª Instancia entendió que tenía carácter privativo, sin embargo, la Audiencia Provincial se inclinó por considerar su carácter común.

La esposa recurrente apoya su tesis favorable al carácter comunal en base a los siguientes argumentos: «no cabe la menor duda de que en nuestro caso estamos ante un importe que deriva de una indemnización por el período trabajado durante el matrimonio y como consecuencia un fruto del perío-

do matrimonial que debe de ser incluido a todas luces como ganancial», añadiendo que «se trata de una indemnización pactada, como una jubilación anticipada, y en consecuencia estamos ante un salario diferido hasta la edad de jubilación que señalaba la parte recurrida» y concluye que «si se trata de un salario adelantado hasta la jubilación, la naturaleza jurídica del mismo no cabe indicar más que estamos ante un bien ganancial que debe de ser incluido en el activo de la misma», con apoyo en el argumento de «considerar tales ingresos como bien obtenido por el esposo derivado de su trabajo o actividad y en su consecuencia sometido al régimen común del matrimonio».

El artículo 37 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón denunciado como infringido se encuentra recogido en el Capítulo III, Título IV, Libro 1, que reza «Del Régimen matrimonial legal», el cual en su Sección 2.ª «De los bienes comunes y privativos», bajo el epígrafe: «Bienes comunes», dice: «Constituyen el patrimonio común: 2.º Los bienes que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad», redacción dada en la Compilación de 8 de abril de 1967 y mantenido en la Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón.

Si bien cabría pensar —señala el TSJ de Aragón— que efectivamente, la indemnización percibida como señala el recurrente podría considerarse un salario diferido con base en el concepto que trae el RDLeg 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores, ello sería consecuencia de la presunción derivada de los amplios términos en que se expresa su artículo 26.1.º, al decir, que constituye «salario» la totalidad de las percepciones económicas recibidas por el trabajador por la prestación profesional de los servicios laborales; y porque en materia de retribuciones extrasalariales existe la presunción *iuris tantum* de que todo lo que percibe el trabajador del empresario es salario que se conviene como contraprestación del trabajo realizado. Sin embargo en su 2.º párrafo, del referido artículo 26 ET excluye del concepto de salario aquellas cantidades percibidas por el trabajador que como en el presente caso proceden del concepto de indemnización o suplidos por despido. Sólo son conceptos extrasalariales las indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral (TS 3.ª Sec. 4.ª, SS. de 23 y 26 de julio de 1996).

Otro de los factores a analizar como posible generador de la indemnización recibida, sería el de la antigüedad del trabajador, de la que cabe decir, que ésta no sólo tiene los efectos económicos que se manifiestan en la indemnización por despido improcedente regulados en el artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores sino que también incide en los ascensos —art. 25 ET/1995— en la elección para delegado de personal —art. 70 ET/1995— y para formar la Mesa electoral —art. 73.3 ET/1995— derechos todos ellos de carácter personal. Así se recoge entre otras en la Sentencia del TSJ Extremadura Sala de lo Social de 13 de septiembre de 1996 (AS 1996/3336).

También podría suscitarse la cuestión de distribuir el *quantum* indemnizatorio en dos períodos: el correspondiente al tiempo en que los cónyuges estuvieron casados y el lapso de tiempo que hubo entre la Sentencia de separación y la recepción del monto indemnizatorio que fue de nueve días, para distribuir aquella indemnización proporcionalmente a uno y otro período, considerando común el primero y privativo del esposo el segundo.

La adopción de tales sistemas tendría su apoyatura en la consideración —como así ocurrió en una primera jurisprudencia del TS— de que aquella indemnización era o constituía un «salario diferido». Hoy no acontece así, la indemnización por declaración jurisdiccional de despido improcedente es una indemnización tasada, sin margen alguno discrecional, desde el ET, Ley 8/1980, de 10 de marzo, art. 56, pero sin embargo la actual doctrina del TS considera que las indemnizaciones correspondientes a despidos están expresamente excluidas del concepto de salario a efectos de las garantías salariales

y es que las indemnizaciones no retribuyen el trabajo, sino que tratan de reparar el daño que el despido produce. Aunque como señalábamos en la Sentencia de nuestra Sala de fecha 25 de noviembre de 1998 con Ponencia del Excmo. Sr. Presidente, éste no siempre se produzca y que las indemnizaciones por despido —o por cualquier otro tipo de cese— no son salario diferido, lo confirma el dato de que no todo cese da lugar a indemnización, así, v. gr., la dimisión del art. 49.4, la jubilación del trabajador del 49.6 del ET, etc. Si se tratara de salarios diferidos, también en tales supuestos se devengarían, pero el hecho causante de las indemnizaciones se produce con y por determinados tipos de extinción y sólo con respecto a ellos, y en razón del perjuicio que origina. Por otra parte es de ver que el art. 33 ET —regulador de determinadas responsabilidades del FOGASA— extiende el concepto de salario a «los salarios de tramitación» pero excluye las indemnizaciones —núms. 2 y 3 del art. 33— aunque el Fondo asuma el pago de éstas con determinados límites —núms. 2 y 8 del art. 33—.

A mayor abundamiento, no se produce confusión o equiparación ni tampoco integración de las indemnizaciones por despido —artículo 26.2 ET— en los salarios. Las indemnizaciones son derechos reconocidos a los trabajadores, dentro de una política legislativa —y por tanto discrecional y cambiante— para compensar o reparar gastos o para paliar sus necesidades o aliviarlos de su situación tras haberse decretado la extinción de la relación laboral (SSTS 11 de mayo de 1992 y 12 de marzo de 1993).

De los argumentos expuestos resulta que las indemnizaciones objeto de este debate constituyen cantidades obtenidas en función del trabajo o actividad y nunca integran un derecho en razón de la persona sino del trabajo prestado y por ello, como un bien integrado en el artículo 37.2 de la Compilación que el recurrente invoca como infringido y lo ha sido en la realidad, por lo que el motivo es acogido.

2. *Responsabilidad por deudas gananciales.*

TSJ de Cantabria, Sentencia de 1 de junio de 1999.
Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Teresa Marijuan Arias.

Responsabilidad de los bienes privativos de un cónyuge para atender al pago de las deudas generadas por el otro cónyuge por impago de cuotas al Régimen de la Seguridad Social de Autónomos, al no haberse liquidado aún la sociedad de gananciales que quedó disuelta por la sentencia de separación matrimonial.

ANÁLISIS DEL CASO

- Durante el periodo febrero de 1993 a febrero de 1996 se generó por un cónyuge una deuda por las cuotas no satisfechas en su día al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

- Con fecha 30 de Julio de 1997 se dictó sentencia de separación por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrelavega, quedando disuelta *ope legis* la sociedad de gananciales.
- La Unidad de Recaudación Ejecutiva acordó por resolución de 21 de mayo de 1998 el embargo del salario de D.ª Consuelo por deudas contraídas por su cónyuge al Régimen de la Seguridad Social de Autónomos.
- La esposa interpuso recurso ordinario ante la Tesorería General de la Seguridad Social que fue desestimado con fecha 1 de julio de 1998.
- D.ª Consuelo interpuso recurso contencioso administrativo ante el TSJ de Cantabria que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La recurrente funda su tesis impugnatoria en motivos formales y de fondo. Respecto a los primeros solicitó la nulidad del procedimiento por falta de notificación de las providencias de apremio que fueron recayendo en el expediente administrativo, respecto a lo cual señala el TSJ que lo cierto es que las mismas fueron oportunamente notificadas en el domicilio de la interesada, constante el matrimonio con el deudor, ya que datan de los meses de enero de 1995; marzo de 1996; febrero de 1996; y mayo de 1997, siendo firmadas o bien por su hijo o bien por persona debidamente identificada, con indicación de su DNI por lo que debe entenderse que las notificaciones fueron correctamente practicadas, con lo que las providencias de apremio devienen firmes y consentidas. Cierto es que la diligencia de embargo de bienes de la esposa, dictada por la Unidad de Recaudación Ejecutiva con fecha 21 de mayo de 1998, no fue notificada a la hoy recurrente en la forma prevista por el art. 58 de la Ley 30/92, pese a lo cual ésta se dio por enterada del contenido de la misma, interponiendo contra aquélla recurso ordinario, con lo que debe entenderse subsanada la falta de notificación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 58.3 de la ya citada Ley 30/92, puesto que la notificación defectuosa ha surtido sus efectos desde que el interesado ha interpuesto el recurso correspondiente, lo que revela que ha tomado conocimiento del acto administrativo que debió serle notificado, por lo que difícilmente puede hablarse de indefensión generadora de nulidad del procedimiento administrativo.

En cuanto al fondo del asunto, esto es, si puede considerarse a la actora como deudora a la Seguridad Social por las cuotas no satisfechas en su día por su ex cónyuge al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, debe indicarse que nos encontramos ante débitos contraídos vigente la sociedad de gananciales, puesto que datan de períodos anteriores a la separación del matrimonio, e igualmente son deudas contraídas en el ejercicio de la actividad laboral de aquel, a cuyo pago se encuentran, por tanto, afectos los bienes gananciales, de conformidad con los artículos 1347, 1362 y 1365 del Código Civil. Dicha sociedad de gananciales se encuentra todavía por liquidar, pues ningún convenio se ha aportado en este sentido, ni tan siquiera el convenio regulador de la separación matrimonial, por lo que no puede acogerse al límite previsto en el art. 1401 del Código Civil, conforme al cual "el cónyuge no deudor no responderá con los bienes que le han sido adjudicados, si se hubiere formado inventario judicial o extrajudicial", siendo por tanto responsable con sus propios bie-

nes de las deudas contraídas por su esposo, vigente la sociedad legal de gananciales, a tenor de lo dispuesto en el art. 1402 del Código Civil, que aplica la normativa sobre sucesiones, en los casos en que no se ha liquidado la sociedad de gananciales, con la consiguiente responsabilidad *ultra vires* de los deudores.

II. FISCAL

1. *Fiscalidad de los rendimientos empresariales obtenidos por un cónyuge.*

TSJ de Navarra, Sentencia de 28 de julio de 1999.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Merino Zalba.

El simple hecho de que el matrimonio se rija por el régimen legal de gananciales no convierte a los cónyuges en socios empresariales y por tanto es improcedente la imputación por mitad al esposo y a la esposa de los rendimientos obtenidos por el único cónyuge que ejerce la actividad empresarial.

ANÁLISIS DEL CASO

- Efectuada una liquidación paralela en concepto de IRPF se determinó que era improcedente la imputación por mitad a cada uno de los esposos de los rendimientos empresariales ganados en régimen comunal de bienes.
- El esposo recurrió en vía contenciosa administrativa siendo desestimado dicho recurso por el TSJ de Navarra.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto principal de la sentencia se centra en determinar si es correcta o no la liquidación paralela efectuada por la administración tributaria foral al recurrente, imputando solo a él los rendimientos procedentes de la actividad empresarial; o bien, si tales rendimientos deben distribuirse imputándose por mitades e iguales partes entre él y su esposa al existir entrambos una sociedad irregular.

Parece querer partirse de un apoyo o basamento que se toma como apodíctico y es el hecho de que el matrimonio se rige por el ré-

gimen foral de gananciales, para, posteriormente, con esa base —sólida a su parecer de cara al efecto tributario pretendido— establecer una serie de presunciones que junto a otras evidencias que presenta nos llevan a determinar que la esposa es empresaria y socia de su marido, con lo que los rendimientos de la empresa debe ser divididos entrambos por mitades e iguales partes, como hemos dicho.

Hay que comenzar aclarando el tema relativo al régimen civil foral matrimonial de "gananciales", y su alcance a efectos en el ámbito tributario. Esta temática ya es más que clara por cuanto existe abundante jurisprudencia sobre la materia desde que se malinterpretara —voluntaria o involuntariamente— la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/89 de 20 de febrero relativa a una equitativa distribución de cargas tributarias dentro de la unidad familiar, a efectos de que por tal motivo ésta —la familia— no se viera desproporcionada, indebida y discriminatoriamente gravada por el impuesto (IRPF). Así en nuestras sentencias de 26 de marzo de 1996 decíamos: "La pretensión ejercitada por la parte actora ya ha sido resuelta por esta Sala en su Sentencia de fecha 26 de marzo de 1996. Abundando en la misma, si bien ciñéndonos a las concretas cuestiones planteadas por los aquí recurrentes, debemos precisar que, a pesar de que la sociedad conyugal civil y la denominada unidad familiar, a efectos tributarios, pueden considerarse análogas, lo cierto es que la regulación legal de cada una de ellas resulta diferente. Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/89, de 20 de febrero, citada por los actores, cuando dice que "es innegable, sin embargo, que la legislación tributaria, en relación a su propia finalidad, no está obligada a acomodarse estrechamente a la legislación civil (que sin embargo tampoco puede ignorar) y que, en consecuencia, es en principio constitucionalmente lícito que el régimen fiscal del matrimonio sea establecido de modo uniforme, sin atender a la variedad posible en la práctica".

Lo pretendido por los actores resulta una discriminación, por el extremo opuesto, a la que con anterioridad a la Sentencia de referencia sufrían los sujetos pasivos encuadrados en una unidad familiar. De ahí que la misma estableciese un justo criterio decisivo para enjuiciar la normativa tributaria en relación al principio de igualdad de los ciudadanos, disponiendo claramente que "es indispensable que la sujeción conjunta no incremente la carga tributaria que le correspondería a cada uno de los sujetos pasivos integrados en la unidad tributaria de acuerdo con su propia capacidad económica, de manera que la sujeción conjunta no actúe como un factor que agrave la obligación propia de cada uno de estos sujetos en relación con la que tendrían si, con la misma capacidad económica, la imposición fuese separada". De forma que el criterio del Tribunal Constitucional ha sido precisamente el de determinar que, de una forma razonable, los sujetos pasivos deben tributar independientemente de su condición como miembros de una unidad familiar. Los actores, sin embargo, pretenden invertir la situación en su favor exigiendo un trato discriminatorio más beneficioso respecto de aquellos sujetos pasivos independientes.

Como dice la Sentencia referida "la sujeción conjunta al impuesto de los miembros de la unidad familiar no puede transformar el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en un impuesto de Grupo porque esa transformación infringe el derecho fundamental de cada uno de tales miembros, como sujetos pasivos del Impuesto, a contribuir, de acuerdo con su propia capacidad económica, en la misma cuantía en que habrían de hacerlo si, manteniendo esa misma capacidad, tributasen separadamente". Efectivamente estamos ante un impuesto de naturaleza directa, lo cual quiere decir que el devengo se produce en el momento de retención de las rentas y esa obtención la lleva a cabo —en su caso— el cónyuge titular de aquella fuerza de trabajo. No otra conclusión puede obtenerse del artículo primero de la Ley regula-

dora del Impuesto: "...es un tributo de carácter directo y naturaleza personal..."

Partiendo del carácter individual de cada sujeto pasivo y no del grupo, es preciso concretar la titularidad de aquellos sujetos o sociedades que producen renta y, por ello, la Ley Foral 14/89 tiene en cuenta exclusivamente quién sea el titular. Así, respecto de las rentas del trabajo, dispone que el titular es quien ejerce el trabajo, es decir, el que en virtud de un contrato laboral obtiene un salario por vender su fuerza de trabajo. A su vez, respecto a los rendimientos de capital, establece que se imputarán a la sociedad conyugal por cuanto efectivamente el titular es dicha sociedad pues para realizar cualquier tipo de operación de disposición de capital en una sociedad en régimen de conquistas resulta imprescindible la voluntad de ambos cónyuges (Ley 86 del Fuero Nuevo). En definitiva, la Ley Tributaria únicamente tiene en cuenta cuál es el sujeto pasivo que produce renta, el sujeto que trabaja o ejerce actividades profesionales o artísticas, o la sociedad conyugal en la medida en que es titular de las operaciones de capital que efectúe.

La Ley Foral 14/89 no entra en colisión con la Ley 82 del Fuero Nuevo por cuanto que, como Ley especial que es, se aplica con preferencia sobre cualquier Ley general. Asimismo dichas Leyes no pueden entrar en colisión por cuanto que regulan cuestiones diferentes, cada una dentro de su ámbito, fiscal y civil, respectivamente, de forma que sus instituciones no tienen por qué coincidir al poseer diferente naturaleza".

Consideramos que el tema queda claro y que no son precisos mayores comentarios al respecto, concluyendo definitivamente que el simple hecho de que el matrimonio se rija por el régimen legal de gananciales no convierte a los cónyuges en socios empresariales, ni puede servir de base o premisa para establecer presunciones de tal género.

Vayamos a lo que el actor considera fehaciencias de la calidad de coempresaria de su esposa. Así nos dice: el local donde se asienta la empresa es de su propiedad; cuando el marido intervino en la constitución de la sociedad para con otros terceros lo hizo también en representación de su esposa; ésta interviene en múltiples actividades del negocio; presta avales; en documentos bancarios de la empresa aparece su nombre... ello en esencia.

Pues bien, no entiende la Sala que con esos solos datos —verídicos ¿por qué no?— conviertan a la esposa del actor en su socia y coempresaria, por cuanto:

a) Nada empece a que la propiedad o posesión del local donde se ubica la empresa sea de su propiedad, posesión, usufructo o cualquier otro título real del derecho, por cuanto no significa otra cosa que eso mismo: titularidad de derecho real civil privado.

b) La esposa puede intervenir en la empresa —o dejar de hacerlo— todo lo que quiera y le dejen los socios (el esposo y otros dos según la escritura de constitución de la que seguidamente hablaremos), incluso, como indica el Gobierno de Navarra puede ser hasta su factor mercantil, su representante, agente... etc., pero eso son figuras mercantiles distintas tanto del socio mercantil como del civil lo mismo en una sociedad regular como irregular.

c) Puede avalar, firmar documentos y hacer gestiones por y para la empresa (parece ser que está realizando funciones de trabajador por cuenta ajena u otras de mera liberalidad, amistad o familiaridad), pero para el caso, nos encontramos en la misma tesitura que la anteriormente expuesta; falta el dato específico de su calidad de socia.

d) Resulta harto curioso que, si se quería, como se pretende ahora, que tal señora fuera socia coempresaria de esa sociedad, no compareciera ni se le hiciera constar en el acto y escritura formal de constitución de la sociedad, que ahí está en el expediente, a la vista del actor y de quien quiera revisarla, y, posteriormente cuando a efectos fiscales se diga que existe una sociedad irregular partiendo de unos datos fácticos totalmente inoperantes (a estos efectos) para llegar a esa presunción; si quería ser socia y empresaria tiempo y lugar tuvo.

e) Finalmente incidir en este apartado que no consta para nada ni en absoluto en la escritura de constitución de la sociedad, que el marido actuara en su nombre y en representación de su esposa, amén de que en la cláusula sexta, donde se establecen las cuotas de participación en la sociedad la susodicha esposa no aparece para nada; un socio con participación cero.

Otra cuestión que plantea el recurrente es que el Servicio de Gestión Tributaria se ha extralimitado en sus funciones en cuanto a él solo viene atribuido la corrección de errores aritméticos y materiales y tareas similares, pero no practicar una liquidación paralela manejando los conceptos y criterios jurídicos que son propios de la Inspección. Pero como muy bien contesta el Gobierno de Navarra parece que el actor quiere ignorar, e ignora, ocultar, y oculta, el claro dictado del art. 109 y ss. de la Ley General Tributaria que avalan el buen hacer de la Administración Tributaria. Todo ello aparte de que tal cuestión no aparece claramente expuesta y opuesta en vía administrativa con lo que nos encontraríamos con una "cuestión nueva" —desviación procedimental e incongruencia— no revisable en esta vía jurisdiccional.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. SEPARACIÓN

1.1. *Imposibilidad de aplicar el art. 81.1.º del CC cuando la demanda de separación es contenciosa.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.

La Sala se muestra discrepante en lo relativo a la aplicación, en el presente supuesto de separación de carácter contencioso, de la causa primera del artículo 81 del Código Civil, la cual está referida, a las modalidades del cese de la vida en común por el instituto jurídico de la separación matrimonial, previstas en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio en lo procesal, y en el artículo 90 del Código Civil en lo estrictamente sustantivo.

Por ello, y salvando la incorrecta interpretación jurídica del juzgador *a quo,* deberá estarse a examinar si concurre, en el caso de autos, la causa legal de separación matrimonial prevista en el artículo 82.1.º del Código Civil, referida a la violación de los deberes conyugales, y abandono injustificado de hogar familiar. La valoración en conjunto de las pruebas practicadas en la instancia procedimental, pone de manifiesto de forma unívoca el incumplimiento de los deberes conyugales de manera grave y reiterada por parte de ambas partes litigantes, lo que hace concurrente la solicitud de la separación cambio de fundamentación jurídica operado respecto a la causa de separación concurrente, examinado como ha sido el artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.2. *No se requiere probar la existencia de alguna causa cuando existe acuerdo entre ambos esposos en la separación aunque cada uno la desee por distintos motivos.*

AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 1999. Ponente: Ilma. Sra D.ª Margarita Noblejas Negrillo.

La doctrina jurisprudencial ya consolidada entiende que tras la reforma operada en esta materia por la Ley 30/1981, de 7 de julio, y desaparecido el calificativo de culpabilidad que recogía la anterior legislación, la separación matrimonial tiene carácter causal cuando la pide uno de los cónyuges, en el sentido de que solo procederá acordarla si concurre alguna de las causas previstas como tales por el art. 82 CC, pero no se requiere probar la existencia de alguna causa cuando existe acuerdo entre ambos esposos en la separación aunque cada uno la desee por distintos motivos, pues lo único transcendente es que se haya producido una situación de crisis que como consecuencia de la pérdida de la *afectio maritalis* entre ellos haga imposible o muy difícil la normal convivencia.

En el caso, vistas las manifestaciones efectuadas por los esposos en sus respectivos escritos son suficientes para apreciar que sí se ha producido una grave quiebra afectiva y que ambos desean la separación, la cual reclamó la esposa en la demanda principal y el propio esposo expresamente en el suplico de su escrito de contestación, por lo que no se estima necesario ni conveniente entrar en otras apreciaciones cuando de esta forma se ha manifestado por ambos la voluntad clara e inequívoca de separarse.

2. DIVORCIO

2.1. *Existe causa de divorcio cuando acordada la separación en medidas previas que posteriormente quedaron sin efecto el esposo no se reintegró al domicilio familiar.*

AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 1999. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Margarita Noblejas Negrillo.

Se impugna por el actor la sentencia apelada únicamente en cuanto al pronunciamiento de la misma relativo a la vivienda que fue conyugal, por entender que el suyo

es el interés más necesitado de protección, en tanto que la demandada se adhiere alegando que existe probada causa de divorcio al amparo del art. 86.3.ª a) CC.

Sentadas así las bases de la presente apelación, hemos de comenzar, dada su relevancia, con el estudio de la causa de divorcio alegada, es decir, el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se consienta por ambos cónyuges la separación de hecho, no siendo bastante el cese de la convivencia, sino que es necesario que dicho cese haya sido libremente consentido por ambas partes. Dicho consentimiento puede ser: a) expreso, es decir, manifestado por medio de signos idóneos e inequívocos de su realidad, normalmente el lenguaje, tanto verbal como escrito; b) tácito, es decir, deducido por actos o comportamiento que sin declarar abiertamente ni manifestar en tal sentido la voluntad, permiten deducirlo objetivamente —actos concluyentes—; y c) presunto, o derivado del mero silencio en todos aquellos casos en que la buena fe impone un deber positivo de manifestación de una repulsa, forma esta última, particularmente contemplada en la Ley 30/1981 de 7 de julio al presumir con valor iuris tantum, en la causa 5.ª del art. 82 CC, aunque sin impedir que la concurrencia del consentimiento se pruebe por cualquier otro medio, su realidad mediante el requerimiento en forma fehaciente con apercibimiento expreso de las consecuencias que se derivan del mismo norma aplicable a la causa de divorcio que en la presente litis se examina. En definitiva, el consentimiento de que se trata es una cuestión de hecho que debe ser probada por quien la afirma, resultando de difícil acreditación —salvo en el caso de supuesto mencionado—, aunque puede acudirse a cualquier otro medio de los admitidos en derecho, incluso a la prueba de presunciones regulada en el art. 1253 CC, siempre que entre los hechos probados y aquél que se trate de probar haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

En el caso de autos nos encontramos con que el actor se dio de baja en el padrón municipal respecto de la vivienda conyugal el 1-5-96, aunque reconoció en prueba de confesión (fol. 62) que se fue a casa de su madre el 21-9-95 en cumplimiento de las medidas provisionalísimas adoptadas por el auto correspondiente que quedó sin efecto al no interponerse la demanda de separación, no habiendo vuelto desde entonces a la repetida vivienda. Tales hechos demuestran inequívocamente un consentimiento libremente consentido, que, además, se corrobora por el hecho de que él mismo instó medidas provisionalísimas de las que desistió en comparecencia de 19-6-96. Si a ello se une que la demanda de autos se interpuso el 7-10-98, es evidente que han transcurrido los dos años a que se refiere el art. 86.3.ª a) CC, y por tanto la causa de divorcio formulada por la demanda, lo que conlleva la estimación del recurso adhesivo y consiguiente revocación en este particular de la resolución impugnada.

3. NULIDAD

3.1. *Desestimación de la demanda de nulidad interpuesta por un hijo después del fallecimiento de los cónyuges al haberse disuelto el matrimonio por muerte.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de octubre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.

La presente acción es ejercitada por la hija y por ella insta se declare la nulidad del matrimonio canónico contraído por sus padres celebrado en fecha 2 de septiembre de 1953, habiendo fallecido el padre en fecha 15 de abril de 1963, según se acredita, y ello por afirmar haber tenido conocimiento de que su madre había contraído matrimonio civil con un tercero en fecha 25 de abril de 1936 quien así mismo falleció en fecha 22 de diciembre de 1991.

Sentado las bases de la pretensión ejercitada, debe tenerse presente que en el ámbito matrimonial rige la autonomía de las reglas sobre nulidad en la materia, con diferencias muy marcadas con las nulidades ordinarias, pues la nulidad aplicada al matrimonio sin ninguna atenuación constituiría la sanción más grave que comportan las reglas instituidas por la Ley, originando que desaparecido el vínculo matrimonial no sólo para el futuro, sino también para el pasado, se causarían efectos perturbadores tanto en los cónyuges como en los hijos.

Las causas de nulidad matrimonial que enumera el art. 73 del Código Civil forman los tres grupos clásicos de impedimentos dirimentes, vicios del consentimiento o defectos materiales y defectos de forma, parten del incuestionable hecho de que el matrimonio cuya nulidad se pretenda subsista en el momento de instarse la misma, por la propia dicción del citado art. 73 al referirse al matrimonio, lo que supone la subsistencia del vínculo conyugal en el momento de instarse la nulidad, y porque el art. 74 del Código Civil sólo otorga acción para pedir la nulidad del matrimonio a los cónyuges, dirigiendo su acción contra el otro, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en la nulidad, lo que sin duda ha de entenderse que el interés, sea moral o económico, ha de alcanzar cierta relevancia para que sea socialmente aceptable la impugnación del matrimonio, para lo cual la acción impugnatoria del matrimonio deberá dirigirse contra ambos cónyuges.

El artículo 85 del Código Civil (Ley 30/1981, de 7 de julio) dispone que el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. Acreditado mediante certificación de defunción que el esposo falleció en fecha 15 de abril de 1963, con la muerte de uno de los cónyuges se produjo la disolución del matrimonio que aquí se impugna, con cuya disolución matrimonial por muerte se extinguió toda legitimación para impugnar un matrimonio que ya quedó disuelto (art. 74 del Código Civil y Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1981 de 7 de Julio), y porque toda posible declaración de nulidad, su eficacia ten-

dría como límite lo que establece el artículo 79 del Código Civil, que dispone que la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe, cuya buena fe se presume; buena fe en un matrimonio inscrito en el Registro Civil que no puede cuestionarse por la impugnación ejercitada por la hija matrimonial transcurridos más de treinta y tres años de la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, y ello debe conducir a la desestimación del recurso de apelación.

3.2. *Inexistencia de matrimonio y nulidad absoluta al tratarse de un matrimonio contraído entre dos personas del mismo sexo.*

AP TARRAGONA, Sec. 3.ª, Auto de 10 de enero de 2000. Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho.

El recurso de apelación se funda en que la demanda matrimonial interpuesta también puede ser sustanciada por los trámites previstos en la Disposición Adicional Quinta de la Ley de 7 de julio de 1981. Sin embargo, debe recordarse que si bien en la disposición adicional quinta de la citada Ley se prevé que pueden instarse por el trámite de los incidentes las demandas de nulidad por las causas comprendidas en los apartados 2 y 3 del artículo 73 y las que se formulen al amparo del Título IV del Libro 1 del Código Civil y no tengan señalado un procedimiento especial, la Disposición Adicional Séptima establece que las demandas de nulidad por causas distintas de las previstas en la disposición adicional quinta se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo ordinario procedente. Por otro lado, el artículo 73 del Código Civil regula las causas de nulidad matrimonial, si bien en dicho artículo doctrinalmente se distinguen las causas: 1) inexistencia del matrimonio (art. 45.1); 2) nulidad absoluta (artículos 46.2, 47.1, 47.2; 46.1; 73.3; 52; 54 y 55); y nulidad relativa (artículos 73.4; 73.5; y 76). En el presente caso, nos encontramos ante un supuesto de inexistencia del matrimonio o de nulidad absoluta, ya que al tratarse de dos personas del mismo sexo no podían contraer matrimonio entre sí, pues faltan los requisitos esenciales para la perfección del contrato, especialmente la prestación del consentimiento entre ambos, pues al no ser ambos contrayentes idóneos la manifestación de voluntad de ambos únicamente representa la exteriorización de una voluntad, que está viciada de origen al no coincidir con la voluntad realmente emitida, lo cual nos conduce directamente a la aplicación de la doctrina de la inexistencia o de la nulidad radical *(quod nullum est nullum producit effectum)*, ya que también tal manifestación de voluntad constituye una infracción de una norma prohibitiva, por lo que la causa a través de la cual puede prosperar la nulidad es la 1 del artículo 73 del Código Civil en conexión con lo dispuesto en los artículos 44 y 45 del mismo Texto Legal, razones por las que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 14 de enero de 1999, dictado por la Ilma. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de El Vendrell, confirmándose íntegramente la resolución recurrida.

II. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, Y RÉGIMEN DE VISITAS

1. PATRIA POTESTAD

1.1. *Privación de la patria potestad al padre que retuvo a sus hijos menores durante dos años fuera del entorno familiar.*

AP ALICANTE, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2000. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Amor Martínez Atienza.

Tal y como se ha venido reconociendo doctrinal y jurisprudencialmente aunque la patria potestad, por Derecho natural y positivo, viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la Ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código Civil, que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil.

Pues bien, aplicada la doctrina anterior al caso que nos ocupa, ciertamente, y tal y como puso de manifiesto la parte demandante-apelante, a la vista del contenido del artículo 170, en relación al art. 154 y concordantes, del Código Civil, se considera que el comportamiento del demandado (evidenciado en resolución penal obrante a los folios 10 y ss. de las actuaciones, en virtud del cual, y a despecho de resolución judicial que otorgaba la guarda y custodia de los hijos menores comunes —nacidos el 12-3-1993 y 19-3-1995—, aprovechando el acceso a los mismos con ocasión del ejercicio de derechos de visitas, procedió a «sacarlos» del país en fecha 3-8-1996 trasladándolos a Argelia a los efectos de impedir todo contacto de los menores con su madre, instrumentalizando dicha situación a los efectos de intentar forzar comportamiento no querido por esta última) constituyó un grave incumplimiento de funciones inherentes a la patria potestad en perjuicio de los hijos menores, y ello en tanto en cuanto, al margen de la calificación penal de los hechos irrelevante a los efectos que nos ocupan, lo cierto es que

el citado comportamiento supuso el alejamiento de los niños de su núcleo familiar más próximo vedando toda posibilidad de contacto con su madre y desempeño por la misma de los deberes/derechos inherentes a la patria potestad con necesaria incidencia en el ámbito de educación y conformación de la íntegra personalidad de los menores que vieron cercenadas sus posibilidades de formación en el ámbito familiar más próximo que les era propio. Por la parte apelada se alegó que ciertamente se había producido incumplimiento de deberes inherentes a patria potestad, pero solo uno, lo que no justificara la privación de la patria potestad; pues bien, dicha afirmación no corresponde exactamente a la realidad, y ello en tanto en cuanto no se trató de una conducta puntual limitada a breve periodo de tiempo con minimización de efectos perjudiciales en relación a los menores, sino que, habiendo regresado el demandado a España a finales de 1996 propiciando su detención, y posterior ingreso en prisión, por causa vinculada a ilícitos penales de desobediencia y coacciones por conducta a la que se ha hecho referencia con anterioridad, no cesó en su voluntad de mantener a los hijos menores alejados, y fuera del ámbito de protección y cuidados, de la madre, sino que mantuvo dicha voluntad eludiendo de forma consciente toda indicación a familiares bajo cuya dependencia retenía los menores a los efectos de reintegro de estos últimos, determinando con ello la persistencia de dicha situación de alejamiento de los menores de su entorno familiar natural hasta diciembre de 1998, en que se logró el retorno de los citados menores, circunstancias que no avalan la tesis de la parte demandada de la existencia de un único, aunque grave, incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad, sino la existencia de incumplimiento grave, reiterado y continuado en el tiempo que, en función de la edad de los menores, y circunstancias concurrentes, no ha podido sino incidir de forma negativa en los mismos.

Así pues, no cabe sino revocar la sentencia de instancia, en cuanto se estima pertinente decretar la privación de la patria potestad del demandado en relación a los hijos que tuvo en común con la demandante; privación, que no es equivalente a extinción, ya que, si las circunstancias se modificasen, podría ser procedente, en el marco de lo prevenido en el mismo art. 170 del Código Civil anteriormente citado, una recuperación de la patria potestad, y ello en base a circunstancias que habrían de tener soporte, en el presente caso, en un cambio radical de conducta del padre, y efectiva asistencia de todo orden a los hijos (en el marco en su caso, y como mínimo, del cumplimiento efectivo de las prestaciones económicas a favor de los mismos reconocidos y no afectas por la privación decretada de la patria potestad, etc.).

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1. *El traslado del menor a Chile junto a su madre, con la que ha venido conviviendo desde la separación de sus progenitores, no justifica el cambio de la guarda y custodia del mismo.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de octubre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Navarro Peña.

Conforme queda acreditado en los presentes autos, los hoy litigantes, que habían contraído matrimonio el día 23 de noviembre de 1985, promovieron de común acuerdo demanda de separación, dictándose sentencia el 11 de septiembre de 1990, por la que se decretó la separación matrimonial de dichos cónyuges, aprobándose la propuesta de convenio regulador suscrita por los mismos, en la que se acordaba, entre otros extremos, atribuir a la madre la guarda y custodia del hijo común de ambos, nacido el 21 de diciembre de 1989, y establecer en favor del padre, un régimen de visitas y comunicación con dicho menor, consistente en tenerlo consigo todos los miércoles laborables de 19,00 a 21,00 horas, así como un fin de semana cada quince días desde las 10,00 horas del sábado hasta las 22,00 horas del domingo, debiendo recogerlo del domicilio de la madre y reintegrarlo al mismo, y la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa, disponiéndose en cuanto a las vacaciones de verano —meses de julio y agosto—, que el menor permanecería con cada progenitor, de forma alternativa, por períodos de quince días. Así mismo se estipuló que el padre satisfaría en concepto de pensión de alimentos para el hijo la cantidad mensual de 25.000 pesetas, a ingresar en cuenta bancaria que designase su esposa, cantidad que se actualizaría anualmente conforme al IPC, abonándose hasta la mayoría de edad del hijo o hasta que finalizase una carrera universitaria o cualesquiera otros estudios.

Habiéndose mantenido esta situación desde que tuvo lugar dicha separación matrimonial, se promueve por el padre, en mayo de 1998, demanda sobre modificación de dicha medida, pretendiendo le sea atribuida a él la guarda y custodia de su hijo, con fijación del oportuno régimen de visitas y comunicación en favor de la madre, y que se imponga a ésta la obligación de abonar a D. José Manuel, como pensión de alimentos para el hijo de ambos, la cantidad mensual de 35.000 pesetas, pretensión basada en el hecho novedoso de que la madre va a fijar su domicilio en Chile, al tener su trabajo en dicho país el futuro esposo de la misma, con quien contraerá próximo matrimonio, estimándose por el demandante perjudicial para el hijo común de ambos litigantes el que sea desplazado por la madre a un lugar tan lejano del de su residencia habitual, privándole de su relación con su padre y con los demás miembros de las familias de ambos progenitores, y con su entorno.

La juzgadora de instancia resuelve en su sentencia estimar dicha demanda, modificando el régimen de guarda y custodia del hijo común de ambos litigantes, en la forma que ha quedado anteriormente reseñada, resolución contra la que se alza la demandada,

por medio del recurso de apelación, ahora analizado, en el que viene a interesar su revocación y la desestimación de la demanda deducida de contrario, salvo en cuanto al régimen de visitas y comunicación del padre, con su hijo, régimen que deberá ser adaptado a la nueva situación derivada del hecho de ir a residir aquel en Chile.

Visto el contenido del presente recurso de apelación, la cuestión a resolver en esta alzada se reduce a determinar si el cambio de residencia del hijo de ambos litigantes, que tendría lugar caso de permanecer como hasta ahora bajo la guarda y custodia de su madre, al trasladarse ésta a vivir a Chile, constituye o no una modificación sustancial de circunstancias, que pueda justificar la variación de tal régimen de guarda y custodia, en el sentido de su atribución al padre del menor.

La Sala, disintiendo del criterio mantenido por la juzgadora de instancia en la sentencia recurrida, y teniendo en cuenta el resultado que arroja el conjunto de la prueba practicada, considera que el traslado del citado menor a Chile junto con su madre, con la que ha venido conviviendo desde la separación de sus progenitores, no justifica el cambio del vigente régimen de guarda y custodia del mismo, salvo en lo atinente a las comunicaciones con su padre, toda vez que no se evidencia que sea más beneficioso para el menor el permanecer residiendo junto con su padre en esta Ciudad, separándosele para ello de la figura materna, a la que está más vinculado.

El hecho de tener que adaptarse el menor a un nuevo entorno, en un país alejado de España, aunque próximo culturalmente, como es Chile, no puede ser considerado por sí mismo como perjudicial para su completo desarrollo, y sí, por el contrario, como un elemento enriquecedor de dicho desarrollo personal, además de que debe ser debidamente ponderado con el dato, sumamente relevante, de que va a permanecer unido a su madre, que podrá seguir prestándole, como hasta ahora ha acontecido, todas las atenciones que el menor requiere, en el seno de la nueva familia constituida por la madre con su Segundo esposo, en situación económica desahogada, habiéndose manifestado el propio menor en el sentido de preferir continuar unido a su madre, manifestación de voluntad que debe ser tenida en cuenta a la hora de decidir sobre la cuestión atinente a su guarda y custodia, tal como dispone el art. 92 del Código Civil.

2.2. *Concesión de la guarda y custodia a una tía paterna de la menor.*

AP VIZCAYA, Sec. 2.ª, Sentencia de 23 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Mateo Ayala García.

Solicita la parte recurrente la revocación de la sentencia impugnada y que en su lugar se dicte otra por la que se desestime la demanda inicial, manteniendo la situación en la que estaba antes de su interposición, esto es, bajo la guarda y custodia de la madre. Los argumentos son los siguientes:

a) En primer lugar, procede por cuanto la sentencia es incongruente, al establecer

en el Fallo algo que ninguna de las partes había interesado, ya que ni actor ni demandada habían pedido la atribución de la guarda a la tía paterna. De hecho, la única referencia a la tía que hay en autos es el informe pericial que obra en autos.

b) Por otra parte, no se ha producido la alteración sustancial que justificaría el cambio en la custodia, sino que se trató de una enfermedad temporal ya superada, como acredita el psiquiatra y la testifical.

c) Aparte de eso, el menor prefiere estar con la madre.

d) La decisión infringe el art. 103 del C. Civil que sólo prevé la posibilidad de asignar la custodia a persona distinta en las medidas provisionales.

La parte apelada interesó la confirmación de la sentencia recurrida, que aunque no le da todo lo que solicita, corrige la situación que se había generado. En ese sentido, la nueva circunstancia que generaba la necesidad de cambio era la enfermedad de la madre, que había dado lugar a problemas en el menor, a problemas de convivencia en el domicilio con el abuelo materno, con intervenciones policiales, etc. En cambio, la decisión adoptada, que se basa exclusivamente en criterios objetivos y que tiene en cuenta el interés del menor, no hace constatar la realidad de que el niño está mejor en el medio paterno, con la hermana de su padre, en cuya compañía —pues él vive en Zaragoza— permanece durante la semana pero conviviendo con su padre los fines de semana.

El Ministerio Fiscal, aunque interesó la confirmación de la sentencia, informó en el sentido de considerarla incongruente, al atribuir la guarda a la tía paterna, cosa que no había sido solicitada. Durante la instancia, la posición del Ministerio Fiscal había sido la de que se atribuyera la guarda a la madre, toda vez que el padre vivía en Zaragoza. La razón de la solicitud era que la enfermedad de la madre había sido ya superada, sin que hubiera acreditación de que consumiera ningún tipo de sustancias, como se alegó de contrario. Ahora que la enfermedad está plenamente superada, el interés del menor es precisamente el de permanecer con un progenitor, que, a juicio del Ministerio Fiscal, debe ser la madre.

Estos han sido, expuestos sucintamente, los términos del debate en esta alzada. La sentencia recurrida establece la guarda y custodia del menor a cargo de su tía D.ª M.ª Jesús, y considera el recurrente y el Ministerio Fiscal que tal pronunciamiento debe ser rechazado por incongruente, a lo que añade el recurrente que no halla amparo legal, pues el art. 103 se refiere sólo a las medidas provisionales.

Ninguno de ambos argumentos es, en opinión de la Sala, acogible. El primero de ellos porque el principio de justicia rogada no rige de modo absoluto en todos los ámbitos del derecho de familia, sino que existen intereses en su seno que, por su rango superior, permiten al Juez *ex lege* operar al margen de lo solicitado siempre que esos intereses superiores lo exijan. Tal es el caso del interés del menor, en cuya prosecución se puede dar distinto de lo pedido.

En el presente recurso, examinados los autos, se observa que existen en autos elementos que podrían llevar a considerar opciones diversas a las mantenidas en la demanda a fin de que el interés del menor quede debidamente protegido. En efecto, se trata de que —como ha quedado acreditado— la madre sufrió una depresión que, aunque felizmente superada, produjo en el menor unas vivencias negativas que aún hoy generan inquietud en él cuando de la posibilidad de vivir de continuo con su madre se trata. Así lo recoge extensa y razonadamente el informe pericial que obra en autos.

Por otro lado, la opción del padre no es tampoco la más satisfactoria. No lo es porque vive en Zaragoza por motivos laborales, sin que tenga allí arraigo, en términos tales que su verdadero arraigo familiar y social se encuentra en Bilbao. Las habilidades del padre y la perspectiva de permanencia en Zaragoza no genera expectativas favorables

para el niño, al contrario, la visión es caracterizada por el perito como inquietante.

La tercera opción, que el Juzgador ha adoptado, entendemos que cuenta con apoyo probatorio suficiente. Durante los momentos de crisis, la familia paterna con residencia en Bilbao ha asumido a la perfección la guarda efectiva sobre el menor; su domicilio propicia el arraigo del menor permitiendo además la compañía del padre y de la madre, que —según consta— le tiene en su compañía parcialmente durante la semana. La decisión es correcta, pues da cobertura a las mejores soluciones, obviando los problemas de convivencia continuada con la madre o con el padre, y tiene suficiente amparo legal en los términos que con toda claridad se explican en la sentencia recurrida. Procede, por todas las antedichas razones, la confirmación íntegra de la sentencia con desestimación del recurso interpuesto.

3. RÉGIMEN DE VISITAS

3.1. *Suspensión del régimen de visitas con el padre hasta que se determine en el procedimiento penal la existencia o no de abusos sexuales.*

AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, Auto de 12 de noviembre de 1999.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Francisco Rodríguez de Sanabria Mesa.

Se alza la parte apelante contra el auto de fecha 12 de febrero de 1999 dictado por el juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Fernando, en los autos de menor cuantía seguidos en el mismo bajo el núm. 217/94, mediante el cual se acordaba restringir el derecho de visitas del padre con su hijo menor de edad, solicitando la revocación del mismo y el dictado de nueva resolución por la que se acuerde la suspensión de dicho régimen de visitas; pretensión a la que se opone tanto el apelado como el Ministerio Fiscal.

Si bien es cierto que el artículo 39 de la Carta Magna protege tanto a la familia como a la infancia, debiendo considerarse como loable y necesario el hecho de que los hijos se relacionen con sus padres, sea cual sea las relaciones afectivas entre estos; y reconociendo el artículo 160 del Código Civil el derecho de los padres a relacionarse con los hijos que no estén bajo su directa guarda y custodia; no puede olvidarse que en todas aquellas materias en las que se vea implicado directamente el interés de los menores habrá de considerar, como principio básico, que el de estos es un interés superior y debe presidir cualquier resolución al respecto en concordancia con el principio *favor minoris* consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española de 1978, así como en la actual regulación de la ley 21/1987 de 11 de noviembre y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor; y sancionado por diversos convenios Internacionales como el de Nueva York y en la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Nacio-

nes Unidas (resolución de 20 de noviembre de 1989); siendo en todos ellos la protección del interés superior de los menores una constante plenamente afianzada. Analizando las actuaciones puede observarse cómo, al margen de las tensiones que pudieran existir entre los progenitores, se ha planteado la posible puesta en peligro, real y efectiva del menor, durante las comunicaciones con su padre, existiendo al respecto un procedimiento penal abierto en el que se encuentra imputado D. Juan como posible autor de unos posibles abusos sexuales con respecto a su hijo; habiéndose dictado auto acomodando las diligencias previas a los trámites del procedimiento abreviado (folio 339); e incluso existiendo unos informes psicológicos en los que se hace constar por el psicólogo D. Agustín la posibilidad de que realmente existiera algún tipo de abuso sexual sufrido por el menor (folios 298 a 305); así como otro informe social del Ayuntamiento de San Fernando (folios 328 y ss.) en el que se pone de manifiesto las deficientes condiciones de habitabilidad de la vivienda ocupada por Juan. Todos estos datos, y especialmente la gravedad de los hechos que se le vienen imputando a Juan (el supuesto delito de agresión sexual con respecto de su hijo menor de edad); y aun reconociendo el principio de presunción de inocencia que le ampara, consagrado en el artículo 24 de la Constitución; esta sala entiende que existen razones suficientes para justificar, al menos hasta tanto no se determine en el procedimiento penal la existencia o no de dichos abusos, la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones del padre con el menor; pues el mantenimiento de dicho régimen podría ocasionar un potencial peligro para el menor, difícilmente reparable; por lo que debe estimarse el recurso en su integridad.

3.2. *Fijación de un régimen de visitas entre el menor huérfano de padre y los abuelos paternos consistente en dos domingos alternos al mes desde las 11 a 20 horas.*

AP GUADALAJARA, Sentencia de 2 de febrero de 2000. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Concepción Espejel Jorquera.

Impugna la representación de la progenitora demandada el pronunciamiento de la sentencia de instancia que, acogiendo la demanda interpuesta por los padres de su fallecido ex esposo, fijó a favor de los mismos un derecho de visitas respecto de sus nietos menores de edad de fines de semana alternos desde las dieciocho horas del viernes a las veintiuna horas del domingo, el mes de agosto en verano y la mitad de los períodos vacacionales de Semana Santa y Navidad, a cuyo fin alega, en primer lugar, que la resolución apelada no tuvo en cuenta la existencia de antecedentes de malos tratos por parte de la familia paterna a la madre de las criaturas, situación que justifica que no sea establecido un régimen de visitas forzoso para los citados descendientes; solicitando, con carácter subsidiario, que este último sea reducido notoriamente, atendido que no puede equipararse el concedido usualmente en supuestos de cese de la convivencia a los progenitores a los que no se atribuye la custodia de sus hijos con el pretendido por los abue-

los, dados la menor proximidad del parentesco y la circunstancia de que estos no ejercen la patria potestad de los niños afectados, pedimento este último al que se adhirió el Ministerio Fiscal en la vista del recurso, planteamiento a que hace preciso señalar, en primer término, que no obran en autos datos suficientes que permitan amparar una privación del derecho que a los abuelos asiste para relacionarse con sus nietos menores de edad, pues la mera interposición de algunas denuncias por presuntos malos tratos, que no llegaron a dar lugar a sentencias condenatorias, no basta para amparar una medida de dicha naturaleza, máxime cuando, aun de ser ciertos los hechos en su momento denunciados, se trataría de actuaciones esporádicas, de escasa gravedad y, en todo caso, dirigidas a la madre pero en modo alguno a los niños, sin que conste la existencia de ejemplos corruptores, descuido hacia los menores, abandono u otras conductas análogas que puedan constituir justa causa para impedir las relaciones personales entre las criaturas y los parientes o allegados a que se refiere el art. 160.2 CC, tema en relación con el cual ha reiterado el TS, entre otras en sentencia de fecha 7-4-1994, que el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos solo puede ser suspendido por justa causa de suficiente entidad, la cual debe ir más allá de las meras rencillas entre parientes, que no amparan su supresión, por lo que no puede, en razón a lo expuesto, ser acogido el pedimento principal del recurso; procediendo, por el contrario, diverso pronunciamiento en relación con el segundo de los alegatos de la apelación, en relación con el cual, ha de aclararse, inicialmente, que no puede acogerse la alegación de la parte recurrida relativa a que una hipotética reducción del régimen de visitas pudiere contravenir el principio de congruencia, por no haber sido el solicitado por los demandantes objeto de expresa impugnación en la contestación a la demanda, puesto que, al margen de que no es cierto que en dicho estadio procesal no se impugnara el régimen de visitas propuesto de contrario, ya que se apuntó que, a lo sumo, deberían fijarse visitas puntuales y que no exigieran que los niños pernoctaran fuera del domicilio; siendo evidente, de otro lado, que quien pide lo más, como es la ausencia derecho de visitas, implícitamente solicita lo menos, en cuyo ámbito se encuadraría, obviamente, su reducción, sin que pueda admitirse que, habiéndose discutido la procedencia o improcedencia del establecimiento del derecho, una hipotética limitación de su ejercicio pudiese comportar indefensión de ningún tipo para la contraparte; en todo caso, debe de tenerse en cuenta la especial naturaleza de los intereses en litigio en el procedimiento que nos ocupa, en el que las medidas establecidas en relación con menores de edad han de fijarse atendiendo prioritariamente al beneficio de estos, previa audiencia de los afectados y recabando, incluso de oficio, si se estimara necesario, el dictamen de especialistas, conforme establecen con carácter general los artículos 92, 154, 158, 159 y 161 del CC en base a lo cual fue acordada por esta Sala como diligencia para mejor proveer la exploración que los chiquillos, atendido el cambio de circunstancias desde que estos fueron explorados en el precedente proceso de separación, durante el cual aún vivía su padre, el tiempo transcurrido desde que fueron examinados por la psicóloga que actuó como perito en el presente procedimiento, así como la evolución legal y jurisprudencial operada en esta materia, recogida entre otras en la STS 11-6-1998, que declara que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), garantiza al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opción libremente en todos los asuntos que le afecten, tomándose debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y madurez que tenga, por lo que, con tal fin, se le dará en particular oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un represen-

tante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional, en cuya línea la LO 145/96 de 15 de enero de 1996 se preocupa del marco jurídico del menor, en consonancia con dicha Ratificación, como expresa en su "exposición de motivos", y en concreto dentro del Capítulo II, sobre los derechos del menor, el art. 9 regula el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado, y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En análogo sentido se pronuncia la STS 17-9-1996, que especificó que el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos 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 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, resolución que concluyó la procedencia del derecho de comunicación de los menores con sus abuelos, sin perjuicio de que la amplitud del ejercicio del mismo pueda establecerse prudencialmente por el Tribunal, moderándolo según las circunstancias del caso.

La STS de 11-6-1996 declaró que aunque este tipo de relaciones, que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad y no respondan a patologías o ejemplos corruptores, no es menos cierto que ha de tenerse en cuenta que el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, fallecido el progenitor, no puede equipararse o igualarse a la condición que mantenían los menores con su padre, pues el establecimiento de un régimen de visitas en favor de un progenitor, tras una separación, nulidad o divorcio, no sólo descansa en el cariño mutuo y la necesidad afectiva o la conveniencia educacional precisa para un niño que se está formando psíquicamente, aun cuando el matrimonio haya quebrado su convivencia, sino que también encuentra su apoyo en algo tan importante como es el ejercicio de la patria potestad, sentencia que añadió que también debe ponderarse en estos supuestos la presencia de tensiones entre la madre y sus suegros, todo lo cual puede aconsejar que, considerada la edad de crecimiento y formación en todos los órdenes en que se encuentran los niños, se mantenga la costumbre cotidiana de pernoctar en su casa, sede del núcleo familiar reducido por el fallecimiento del progenitor; pudiendo mantener los contactos que por orden natural se corresponden con los deseos de los demandantes, sin necesidad de abandonar el domicilio por más tiempo que el estrictamente necesario para que las relaciones con sus abuelos no se pierdan; siendo esta la decisión que procede adoptar en el caso que nos ocupa, puesto que, aunque esta Sala comparte el criterio expresado en el dictamen pericial practicado durante la "litis", relativo a que el contacto con los abuelos y con la familia paterna no sólo no perjudicará a los menores sino que, a la larga, redundará en su beneficio, por lo que debe de ser fomentado, no puede desconocerse el hecho evidente de que los contactos con dicho entorno familiar se hallan en la actualidad prácti-

camente interrumpidos por completo, ante lo cual los chiquillos denotaron durante la exploración practicada en la alzada una cierta inseguridad frente a las nuevas perspectivas que se les planteaban; mostrándose reacios al cambio y expresando claramente su deseo de no pernoctar fuera de su domicilio; llegando incluso la niña a manifestar que no quería acudir al de la abuela por no encontrarse cómoda allí y por estar triste cuando tenía que salir de su casa y separarse de su madre; apuntando que no se lleva demasiado bien con su abuela y que ya tenía suficiente con ver a su tía, con la que se siente más vinculada, las veces que esta acude a visitarla a la salida del Colegio; en base a lo cual, considerada la situación existente, los deseos de los niños y el hecho de que la fijación de visitas prolongadas durante los periodos vacacionales exigiría que los menores, además de pernoctar fuera de su casa, con lo que no se muestran conformes, permanecieran en una localidad diferente a la de su residencia habitual, en un pueblo en el que ya no conservan amigos; se estima ponderado fijar como régimen de visitas para la abuela paterna (única a favor de la cual ha de mantenerse por haber fallecido, desgraciadamente, durante la substanciación del proceso el abuelo), dos domingos alternos al mes desde las once de la mañana hasta las veinte horas de la tarde, sin establecer, por el momento, días adicionales durante las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, sin perjuicio de que más adelante, a medida que los chiquillos vayan creciendo y cuando las relaciones con la familia paterna se vayan haciendo más fluidas, si los menores lo desean, puedan fijarse periodos de convivencia más dilatados, en los que puedan, si así lo quieren, pernoctar en la casa de la abuela paterna o permanecer en su compañía algunos días durante las vacaciones, en cuyo sentido se acogen parcialmente la demanda y el recurso, sin imposición de las costas de la ninguna de las dos instancias.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *No cabe utilizar el procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria para desalojar a la esposa e hijos de la vivienda que fue cedida al matrimonio por los padres del esposo.*

AP ÁLAVA, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez.

La sentencia de instancia desestima la demanda y remite a las partes al procedimiento declarativo que corresponda, al entender que la cuestión debatida excede de los límites que establece el procedimiento especial seguido en base al art. 41 LH Los hechos que justifican la pretensión, en cuanto a los requisitos referidos al actor, no se niegan de contrario; lo que se opone por la demandada y omite la demanda es que la vivienda fue cedida por actores al hijo de aquellos, ex esposo de la demandada, para que la ocuparan cuando contrajeron matrimonio, lo que ocurrió el 4 de abril de 1981,

y desde entonces han ocupado dicha vivienda, luego en unión de las hijas habidas en el mismo, hasta que se separaron por sentencia de 21 de abril de 1997; que en dicha sentencia se aprobaba el convenio regulador consentido por ambos cónyuges en el que se atribuía el uso de la vivienda a las hijas del matrimonio y ambos esposos cedían respecto a la vivienda los derechos que pudieran corresponderles a favor de sus hijas.

El art. 41 LH con el complemento de los arts. 137 y 138 del RH regula un procedimiento especial para el ejercicio de acciones reales derivadas de derechos inscritos que impliquen posesión. «La legitimación pasiva viene establecida a los que sin título inscrito...» (art. 138 RH). Tiene su ámbito limitado, de manera que no cabe admitir, que al amparo de una inscripción y de un procedimiento especial de cognición limitadas se dilucidasen cuestiones sobre la existencia de un derecho o determinado efecto jurídico reservado a los declarativos (SSAP Huesca 31-5-1996, Guipúzcoa Sec. 2.ª 9-1-0998, Alicante, Sec. 5.ª 5-3-1998, entre otras muchas). Al contradictor le basta con demostrar que no es un intruso, bastando la mera apariencia legítima de la existencia de la causa alegada, demostrada de modo racional y suficiente para enervar el procedimiento referido y las drásticas medidas de ejecución que conlleva, habida cuenta de que no debe entrarse en el estudio de cuestiones complejas en orden a la existencia de los vicios o vigencia del título en cuestión, que quedan reservadas para el declarativo. Según doctrina dominante, el procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria constituye una consecuencia procesal privilegiada del principio de legitimación registral y exactitud, consagrados en los arts. 1 y 38 de citada Ley, de modo que la inscripción registral produce todos sus efectos mientras no se declare su ineficacia en el proceso declarativo correspondiente, y su finalidad es procurar que tales presunciones alcancen virtualidad jurídica frente a los actos que se opongan o perturben los derechos reales inscritos, de contenido posesorio, sin necesidad de obtener una previa declaración judicial de existencia y titularidad del derecho, todo ello en un procedimiento de conocimiento limitado y sin efectos de cosa juzgada material.

Conviene a este respecto subrayar, por su importancia jurídica, el criterio jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica y características de este procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria:

a) Dicho procedimiento tiene como finalidad esencial otorgar una protección especial a la inscripción tabular conforme a los principios hipotecarios y, especialmente, a tenor de lo dispuesto en el art. 38 de la citada ley, y ello contra quien se oponga a la titularidad inscrita con actos de detentación o despojo.

b) Su finalidad, pues, es eliminar eventuales oposiciones o perturbaciones al ejercicio de los derechos reales inscritos; no estriba, por tanto, en la obtención de una declaración jurisdiccional, sino en la realización de una conducta física. Dicho en otras palabras, su teleología es la de dar relieve y valor a la presunción registral de que el titular inscrito posee y detenta el bien inscrito. Cuando situaciones fácticas lo contradicen, puede dicho titular pretender esa recuperación posesoria, es decir, hacer coincidir la «verdad registral» con la «verdad real o fáctica».

c) Se establece en este procedimiento unos requisitos para el éxito de la acción ejercitada y unas taxativas causas de oposición para enervar dicha acción, por lo que se le califica doctrinalmente como un proceso sumario, al estar presentes en él todas y cada una de sus características esenciales: cognición limitada, limitación de los medios de defensa y sobre todo, ausencia de efectos materiales de la cosa juzgada.

d) Por ella, se permite al oponente o contradictor, más que hacer valer o hacer efectivo procesalmente su derecho, invocar éste a los solos efectos de impedir el proceso de ejecución instado por el titular según el Registro de la Propiedad sin pretender que

en favor del contradictor se haga una declaración de sus derechos.

e) De ahí, que el proceso, en principio de ejecución, por la llamada demanda de contradicción, adquiere un carácter declarativo aunque limitado a determinar y dilucidar en una fase contenciosa si la causa de oposición alegada, tiene o no la suficiente entidad o consistencia como para hacer inviable el proceso de ejecución instado.

f) Así, en los supuestos en los que se invoca la existencia de cualquier relación jurídica, como base de la contradicción, la cuestión se concreta en determinar si concurre —basta la evidencia indiciaria— alguna relación que legitime el uso y posesión, sin que sea precisa una prueba plena de su existencia ni una determinación concluyente sobre los derechos controvertidos, ya que escapa del ámbito limitado de este proceso un estudio en profundidad sobre la existencia de dichos derechos.

A la luz de lo expuesto y traído al caso actual, son varias las razones que impiden estimar la demanda y en consecuencia el recurso que ahora pende de esta Sala: de una parte, los legítimos poseedores de la casa no es la demandada, sino los hijos de ella y su esposo (hijo de los actores), lo que evidencia una clara falta de legitimación pasiva; de otra parte la posesión que ostentan aquellos no es carente de título, pues el mismo lo constituye precisamente la sentencia de separación y convenio regulador integrado en la misma, en el que se les adjudica el uso de la vivienda y declinan ambos padres a favor de sus hijos los derechos que pudieran corresponderles sobre dicha vivienda, y no cabe argumentar que no traen causa directa de los titulares inscritos en cuanto dimanan de los que les corresponde al hijo de aquellos que le cedieron el uso de la vivienda sin limitación de tiempo, como acredita la larga permanencia en la misma sin oposición durante más de 16 años, y finalmente, es claro que la cuestión que se discute escapa de los estrechos límites de este procedimiento especial que se insta, pues los hijos, poseedores legítimos de la vivienda, podrán argumentar frente a quienes ahora accionan los eventuales derechos que pudieran asistirles y que no encuentran campo de discusión en este procedimiento.

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *No exoneración de la obligación alimenticia al progenitor aunque exista cierta precariedad en el empleo.*

AP VIZCAYA, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Mateo Ayala García.

Solicita la parte recurrente la revocación de la sentencia recurrida y que, en su lugar, se dicte otra por la que se estimen los pedimentos contenidos en la demanda, y, concretamente, que toda la contribución a los alimentos de los hijos sea satisfecha por la

madre hasta el momento en que el padre obtenga ingresos fijos y estables, momento en que, en procedimiento de ejecución de sentencia, se establecerá la cantidad en que el demandante debe contribuir. A juicio de la citada recurrente, procede dicha modificación porque la situación del demandante se ha visto modificada a peor porque ha perdido una de sus fuentes de ingresos, que era el Ingreso Mínimo de Reinserción, pérdida que vino motivada por residir en compañía de su padre. Aparte de eso, sus ingresos siguen siendo inestables y precarios, trabajando en sustituciones durante las vacaciones, y en los periodos de paro, cobrando a veces el correspondiente subsidio. Con sus actuales ingresos, si tiene que dar 20.000 ptas. no le queda nada para vivir, y se incumple la proporcionalidad que debe guardarse por la regulación de los arts. 146 y 147 CCivil. En cambio, la madre sigue ganando como en la época de la sentencia, unos 2.500.000 ptas.

La parte recurrida interesó la confirmación de la sentencia, pues no se ha acreditado que hayan variado las circunstancias. Los ingresos procedentes de trabajo personal no han variado en lo esencial, ni han disminuido los días en que ha trabajado; en cuanto a la madre, no se observa variación en los ingresos. Por su parte el Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la sentencia, ya que se ha demostrado que el recurrente trabaja durante periodos similares a los tenidos en cuenta al dictarse la sentencia cuya reforma pretende.

A la vista de las alegaciones, del material probatorio obrante en las actuaciones —especialmente del acreditativo de las condiciones económicas y de trabajo de las partes— estima la Sala que no está justificada la solicitud deducida en el escrito de demanda, ni la estimación del presente recurso.

Aun siendo cierto que se ha producido la circunstancia de que ha perdido el Ingreso Mínimo de Inserción en el año 1998, también lo es que durante ese año contó con prestación de desempleo durante tres meses —prestación que no consta recibiera en el año 1997—, y que aparece como alta en empleo en la empresa D., en la que ha trabajado desde enero de 1999 durante varios periodos. Se ignoran las condiciones de empleo y la retribución que percibe.

Todo ello demuestra varias cosas decisivas en la resolución de la presente apelación. Así, que la situación de alta y baja laboral no parece que vaya a tener, por el momento, fin. Que, por dicha razón, esa variable, que no se ha visto alterada desde el acuerdo de las partes, ni desde la sentencia que se pretende modificar, no puede ser tomada como elemento a considerar. Y que, de condicionarse el deber de prestación de alimentos a los hijos con la estabilidad en el empleo del recurrente, se pone seriamente en peligro el cumplimiento de la obligación de alimentos.

Por otro lado, este Tribunal, con carácter general, no toma en consideración como ingreso el que procede del IMI, por su carácter estricto de subsistencia y por su difícil previsibilidad hacia el futuro. Por esa razón, que percibiera el ingreso no sería tomado en consideración por la Sala con carácter decisivo, como tampoco lo es —en sentido negativo— su pérdida.

2. *Requisitos para que proceda el aumento de la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos.*

AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acin Garos.

La cláusula tercera del convenio regulador de la separación estipuló que D. Anastasio pasaría a su esposa en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y de alimentos para la hija una cantidad de 20.000 pts. mensuales, más la mitad de los gastos escolares, sistema cuyo abandono solicitó en la instancia la demandada, que en su contestación pidió el establecimiento de una cantidad fija de 50.000 pts. mensuales que, comprendiendo la participación del obligado en los gastos escolares, evitase los incidentes que periódica e inevitablemente venían surgiendo en la concreción del importe de la pensión, petición esta que, a mayor abundamiento de sus razones, enlazaba con el cambio sustancial experimentado por los ingresos del obligado, que de las 145.000 pts. percibidas como media mensual en las fechas de la separación ha pasado a ganar una media de 414.535 pts. al mes (1.569.346 pts. por salario y 2.990.544 pts. por dietas, folio 160). Desestimada tal petición por la sentencia de instancia, se alza frente a ella la apelante, que reproduce los argumentos de su contestación.

El aumento de la fortuna del obligado no justifica por sí solo el de la cuantía de la pensión, salvo prueba de la insuficiencia de esta para atender las necesidades del hijo. Por ello, aun siendo innegable la mejora experimentada por la situación económica del apelado, la misma, improbada aquella insuficiencia, no debe en sí misma autorizar el aumento que se interesa, pues consta acreditado que si la pensión convenida ha venido traduciéndose en pagos situados alrededor de las 15.000 pts. mensuales, mitad aproximada de los gastos escolares de la hija, comprendido comedor, escolaridad y transporte, y, además, la mitad de los gastos de libros y material escolar (absolución posiciones 3, 4 y 5 por D. Anastasio), tales gastos, tras el ingreso de la niña en Colegio Público, son actualmente similares (vid. informe del "Colegio S.", folio 130).

Se hacen, por el contrario, evidentes las razones que abonan el abandono del actual sistema de porcentajes, semillero de disputas y de incumplimientos encubiertos, y su sustitución por una pensión mensual fija que evite la previsible repetición de incidentes ya surgidos entre las partes, supuesto lo cual, circunscrita la cuestión a resolver a la determinación de cuál sea la suma que traduzca hoy con razonable exactitud aquella "mitad de gastos escolares", debe señalarse que si en el momento de la separación (año 1992) los gastos de la niña ascendían a 23.360 pts. más libros, material escolar, uniforme etc., lo que situaba aquella mitad en unas 15.000 pts. mensuales, actualmente, tras pasar la niña a la enseñanza pública y desaparecer del cómputo este último capítulo, como igualmente el relativo a comedor escolar, que según lo declarado por la sentencia de 24 de diciembre de 1996 (autos de separación 335/92, incidente de ejecución) queda incluido dentro de las 20.000 pts. correspondientes a alimentos (hoy 24.000 pts. según la actualización que el demandado reconoce), los pagos causados por la hija, se-

gún lo certificado por la Dirección del Colegio a que asiste, ascienden actualmente, excluido el comedor, a 12.475 pts. (folio 130), a las que tras el correspondiente prorrateo cabe sumar una cifra prudencial de 7.500 pts. mensuales por clases particulares.

La mitad de los gastos escolares quedaría hoy situada, en consecuencia, en 10.000 pts. mensuales, cantidad que sumada a las 24.000 pts. correspondientes a alimentos, cuantificaría la pensión a satisfacer por el padre en 34.000 pts. mensuales, total que cabe elevar prudencialmente hasta la suma de 36.000 pts. en cobertura previsora de los conceptos que con seguridad escaparán a la rigidez de la fijación contemplada. Sin adición de otras partidas que, sin duda razonables desde la perspectiva de los nuevos aspectos que el crecimiento de la niña puede comportar, habrán de llevarse no obstante al cauce más adecuado del correspondiente incidente de modificación.

3. *Sustitución de un porcentaje de los ingresos como cuantía de la pensión alimenticia por una cantidad fija y sus correspondientes actualizaciones.*

AP ZAMORA, Sentencia de 3 de diciembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Jesús García Garzón.

La razón fundamental por la que la parte actora interesaba la modificación de la pensión alimenticia a favor del hijo común del matrimonio fijada en el convenio regulador de la separación matrimonial radicaba en que el importe de la pensión se había determinado en un porcentaje del 30% de los ingresos que percibiera en cada momento el demandado, por lo que ello incitaba a que el demandado ocultara ingresos o no se promocionara en su trabajo.

Pues bien, la sentencia de instancia, que ha sido consentida por el demandado en dicho aspecto, se hace participe del temor de la demandante, fijando una cantidad fija de 25.000 pesetas. No obstante la recurrente no está de acuerdo con la cantidad fijada porque estima que la relación de necesidades del hijo menor del matrimonio y la capacidad económica del padre permite llegar a la conclusión, dado el nivel de ingresos del padre en el año 1998 y las necesidades del hijo, que la cuantía de la pensión es insuficiente para la satisfacción de los alimentos necesarios para el hijo en atención a los ingresos económicos del padre. No ponemos en duda que el padre, teniendo en cuenta los ingresos económicos demostrados en este proceso, pues tiene unas bases de cotización a la Seguridad Social en los meses de junio y julio de 1998 de 121.546 y 127.100 pesetas, que dispone de suficiente capacidad económica para que se aumente la pensión alimenticia a favor de su hijo. Pero, no podemos desconocer que, dada la edad del hijo menor del matrimonio, en este momento siete años, la cantidad concedida en la sentencia de instancia se ajusta a las necesidades de alimentación, vestido, algunos gastos escolares y otras actividades extraescolares, más los gastos relacionados con el ocio, de un niño de su edad en el ambiente social en que se desarrolla.

4. *Imposibilidad de que la pensión alimenticia a favor de un cónyuge pueda fijarse de oficio sin previa petición de parte.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Sentencia de 7 de diciembre de 1999. Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª José Torres Cuéllar.

Tanto la esposa demandante en la instancia como el marido que formuló demanda reconvencional impugnan la sentencia de instancia al mostrar ambos su disconformidad con la decisión judicial relativa a la pensión alimenticia a la esposa concedida y en tal concepto individualizada, por más que la defensa de la actora principal trate de reconducirla bajo la expresión de cargas del matrimonio. Única cuestión a la que queda ceñida el ámbito de la presente resolución, que debe limitarse a verificar la prosperidad de las respectivas pretensiones de las partes conforme a los informes emitidos en la vista de sus respectivos recursos, en cuyo acto la esposa pidió, sintetizando, el incremento de dicha pensión a 60.000 pesetas por los mismos motivos expuestos ante el primer órgano judicial y su contraparte la supresión manifestando que no procede en absoluto su otorgamiento toda vez que la sentencia que se dicta resolviendo sobre la viabilidad de la pensión alimenticia incurre en incongruencia, vicio que sostiene sobre la base de no haberse solicitado esta específica medida por la demandante pugnando con el requisito que exige para las sentencias el artículo 359 de la LEC, por lo que debe tratarse en primer lugar este último motivo de apelación alegado.

Pues bien, al analizar en qué medida la sentencia apelada ha dado o no satisfacción a las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación-reconvención, debe tenerse en cuenta que, por lo que se refiere exclusivamente a los extremos objeto hoy de apelación, por la limitación que impone el propio recurso, tal medida no se puede mantener. Del examen de los autos se desprende efectivamente, tal y como con acierto denuncia la defensa del esposo, que por la esposa en su demanda nada se reclamó en concepto de pensión alimenticia a su favor, sino tan sólo interesó pensión compensatoria. Pensión por desequilibrio económico que le fue rechazada según razonó el Juzgador *a quo* al amparo de las premisas y circunstancias que menciona el artículo 97 del Código Civil, y contra cuyo pronunciamiento nada se adujo por la actora en el recurso aquietándose con lo así resuelto, lo que impide enjuiciar tal cuestión al quedar limitado el *thema decidendi* del recurso a la pensión alimenticia que precisamente por sus distintas naturalezas, características, presupuestos y fundamentos no pueden de hecho confundirse entre sí. Pero, en cualquier caso, lo que es cierto es que una y otra, o ambas conjuntamente, han de ser pedidas por la parte interesada, no pudiendo ser concedidas de oficio. Y es que si bien en el proceso matrimonial existen elementos que afectan al orden público y que consecuentemente deben ser adoptados de oficio por el Juez sin que rija el principio dispositivo como ocurre en relación a los hijos, ello no significa que se puedan arbitrar medidas que no le han sido solicitadas, pues tanto el artículo 97 como el 143 del Código Civil son normas de derecho positivo y contemplan supuestos no comprendidos en el artículo 91 de dicho tex-

to legal, referido a las medidas a acordar con carácter imperativo por el Juez, toda vez que ni la pensión compensatoria ni la de alimentos entre cónyuges se subsumen en el concepto de cargas familiares o del matrimonio por cuanto el que recoge el artículo 91, en todo caso, se refiere a las obligaciones patrimoniales y necesidades económicas independientes del concepto de alimentos para afrontar las deudas contraídas en pro de la familia mientras el matrimonio subsista, tales como créditos hipotecarios u otras atenciones respecto de las cuales se pueda acordar que ambos cónyuges o uno solo les haga frente. Por todo lo cual se está en el caso de revocar la resolución combatida que va más allá en cuanto condena al marido a la satisfacción de una pensión alimenticia que no había sido solicitada para la esposa.

V. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *No fijación de pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio aun cuando en el convenio regulador de la separación se fijaba una pensión alimenticia para la madre y la hija.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Hipólito Hernández Barea.

Considerando que por la representación de la apelante se pide la parcial revocación de la sentencia recurrida a fin de que se fije la pensión compensatoria solicitada en la demanda, en cuanto desaparecen con el divorcio los alimentos que el demandado pasaba a la actora según convenio de separación, el Fiscal manifestó que habiendo hijos mayores de edad y no afectando a los mismos la medida que se pedía no tenía intereses que tutelar en el litigio. Y la representación del apelado alegó que habiéndose podido demostrar el desequilibrio del artículo 97 del Código Civil en el momento de la separación, en el que la ahora apelante no pidió pensión compensatoria, no cabe hacerlo en el divorcio cuando la ruptura del vinculo no modifica en lo económico las circunstancias de los litigantes al tiempo de la separación.

Considerando que el artículo 97 del Código Civil establece los requisitos del desequilibrio económico y el empeoramiento de su situación respecto a la anterior en el matrimonio como necesarios para, una vez solicitada, obtener una pensión compensatoria a cargo del otro cónyuge que el Juez fijará teniendo en cuenta, entre otras, las circunstancias que seguidamente enumera el citado precepto. A su tenor tal medida puede resultar tanto de la separación como del divorcio, y en este sentido es posible que, habiéndose fijado una pensión alimenticia como medida de la separación y en el marco del artículo 143 del Código, al decretarse el divorcio y desaparecer *ope legis* la obligación alimenticia entre cónyuges, se puede pedir y obtener una pensión compensatoria si el divorcio produce el desequilibrio res-

pecto al otro y el empeoramiento ya referidos. Pero en el presente caso no puede prosperar la petición de pensión compensatoria efectuada en la demanda de divorcio y reproducida en el recurso, y ello porque el convenio suscrito y ratificado por los cónyuges y aprobado en la sentencia de separación no establecía en absoluto pensión compensatoria ni se refería siquiera a un hipotético desequilibrio o empeoramiento de la situación de la esposa respecto a su entonces esposo y respecto a su situación constante matrimonio; sino que establecía en su cláusula 6.ª que el esposo se obligaba a entregar a su esposa la cantidad de 40.000 pesetas mensuales, revisables anualmente y "a favor de ésta y de su hija María Isabel". Ninguna otra referencia hay en el convenio a los alimentos de la hija y debe entenderse que se comprendían de este modo en la citada estipulación. Al mantener ahora la sentencia de divorcio dicha pensión alimenticia, como beneficiaria a la hija y en la misma cuantía actualizada, es evidente que el divorcio no produce por sí mismo la alteración de circunstancias que exige el repetido artículo 97 y que no habiéndose probado otra circunstancia concurrente que agravase la situación de separación debe desestimarse la petición y por tanto el recurso.

2. *Establecimiento de una limitación temporal a la pensión compensatoria que se fijó en el convenio regulador de la separación.*

AP GUIPÚZCOA, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de octubre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Hoya Coromina.

Constituye la base y fundamento del presente recurso de apelación que se articula por la recurrente conforme puso de manifiesto en el acto de la vista, la revocación parcial de la sentencia de instancia en relación con la ausencia de concreta fijación de un límite temporal de la pensión compensatoria en su día acordada en el convenio regulador de la separación que se ratificaba en la sentencia recurrida alegándose para ello las previsiones contenidas en el artículo 97 del Código Civil y en concreto la corta duración del matrimonio y la ausencia de descendencia del mismo, en tanto que por la recurrida se alegaba en apoyo de la confirmación de la sentencia recurrida, el hecho de la ausencia de recursos de la recurrida y la pérdida de la pensión de viudedad, como consecuencia del matrimonio contraído, y por entender que la modificación de la pensión en su día acordada debía tener su fundamento en una modificación de las condiciones que se tuvieron en cuenta al momento de constituirse, lo que se afirma no se ha producido en sentido favorable a su representada sino que por el contrario se han modificado en sentido negativo para la misma, razón por la que entiende procede la confirmación de la sentencia recurrida en los propios términos de la misma.

Dados los términos en que se centra el debate que conforme se ha señalado se concreta de manera exclusiva en el mantenimiento de la pensión que por desequilibrio se fijó en la separación de los litigantes se hace preciso a mero título de excurso señalar las previsiones que nuestro ordenamien-

to jurídico lleva a término con relación a las distintas pensiones que regula y sus diferentes naturalezas jurídicas, lo que resulta transcendente para la resolución que finalmente se adoptará.

En línea con lo previamente expuesto, debe señalarse que junto con al objeto principal de los procedimientos matrimoniales, cual es la declaración sobre la nulidad, separación o divorcio del matrimonio, se establecen por el legislador los distintos pronunciamientos que pueden instar las partes, bien con carácter previo a la interposición de la demanda, artículos 104 del Código Civil y 1881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien coetáneas al pleito, artículos 103 del Código Civil y 1886 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o posteriores a este y que seguirán su suerte en la ejecución de la sentencia que se dicte, artículos 90 y siguientes del Código Civil. Como señalamos, ni su finalidad ni su contenido pueden ser confundidos y no es técnicamente correcto ir transformando las unas en las otras sin una fundamentación concreta acorde con su naturaleza y finalidad. Independientemente de las medidas previas o provisionalísimas, cuya corta duración y su naturaleza sumaria, atendida su finalidad de separar al matrimonio cuando uno de los cónyuges pretende interponer una demanda de este tipo y que extiende sus efectos hasta que ésta se interponga, lo que les otorga un carácter especialísimo, no pueden confundirse las medidas provisionales, que tienen un carácter cautelar de preservación de un *statu quo* en tanto no exista pronunciamiento sobre el mantenimiento, o extinción, de la relación conyugal en sus distintos aspectos patrimoniales y personales, con las medidas definitivas, cuyo objeto es la liquidación y extinción de cualquier tipo de relación, salvados aquéllos que obligadamente deban temporalmente subsistir por mor de las relaciones paterno-filiales, cuando los hijos son menores o cuando aún permanecen en el domicilio familiar pese a haber alcanzado la mayoría de edad, o por existir circunstancias que, conforme al artículo 97 del Código Civil, hagan acreedor a uno de los cónyuges de pensión compensatoria.

Con relación a la pensión compensatoria, existe un cuerpo de doctrina que de modo unánime establece que, producido el divorcio, dejan de ser cónyuges, desaparece la razón legal de alimentos por esta causa y la sentencia de alimentos pierde su eficacia, viniendo a regular la nueva situación el derecho matrimonial y la sentencia de divorcio que a su amparo se dicta:

«... que el divorcio, al suponer el no mantenimiento del matrimonio al haber sido disuelto (...), no genera en cuanto a los cónyuges divorciados causa de aplicación de los artículos 143, 150 y 152 del Código Civil, referidos a los alimentos entre parientes, sino a la fijación de una pensión a establecer en la resolución judicial que acordó el divorcio, conforme se deduce de lo establecido en el artículo 97 del Código Civil, que precisamente por su propia naturaleza, características y manera de fijarla no puede de hecho y jurídicamente confundirse con la prestación de alimentos. (SAT La Coruña de 3 de junio de 1988 y SAT Bilbao de 30 de noviembre de 1983, SAP Castellón de 26 de junio de 1993 y SAP Barcelona de 30 de junio de 1993 y las SSTS de 2 de diciembre de 1987, la de 29 de junio de 1988 y la reciente de 9 de septiembre de 1996). De ello se derivan consecuencias tan importantes como el carácter irrenunciable e indisponible del derecho a los alimentos frente al carácter opuesto de disponibilidad del derecho a la pensión compensatoria que sí se les reconoce a los ex-cónyuges. Mientras que el primero debe recogerse obligatoriamente en la sentencia de divorcio que el Juez dicte (artículo 91 CC), el segundo sólo se resolverá si se solicita por las partes en el suplico de la demanda, pudiendo renunciarse al mismo o no solicitarlo. Constituyen, pues, diferente objeto y diferente causa de pedir la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, y, solicitando la primera, la cosa juzgada del artículo 1252 CC, no puede extenderse a la segunda, como tan acertadamente recoge

también la citada STS 9 septiembre 1996 (fundamento de derecho segundo).»

Continuando la línea argumental previamente expuesta, enseña la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1988) que la pensión compensatoria por su naturaleza, características y manera de establecerse no puede, de hecho ni jurídicamente, confundirse con la prestación de alimentos, ya que el artículo 97 del Código Civil, aplicable tanto al caso de separación como al de divorcio, exterioriza un derecho personal que corresponde al cónyuge o ex cónyuge al que, con motivo de la crisis matrimonial, se le haya producido un empeoramiento de su «status económico» en relación a la situación que tenía constante matrimonio y se encuentre en posición de desventaja o 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 vincularse con ninguna idea de responsabilidad o de culpa. De aquí que mientras los alimentos tienen una duración indefinida, en tanto subsista la necesidad de recibirlos y posibilidad de prestarlos con el contenido previsto en el artículo 142 del Código Civil, la pensión carece de tal límite normativo, y por su naturaleza objetiva se extingue por las causas del artículo 101.1.1 del Código Civil, que son distintas de las de la prestación alimenticia, y siguiendo la doctrina Jurisprudencial mayoritaria no tiene carácter indemnizatorio y se funda en el principio de solidaridad postconyugal. Por tanto no es una renta absoluta o ilimitada en el tiempo, y para evitar un enriquecimiento injusto del que la recibe hay que ponderar su acceso al mercado de trabajo, valorando igualmente la edad, años de matrimonio, cualificación profesional y demás circunstancias para valorar su período de duración o incluso su extinción, pudiéndose adoptar sin fijación de plazo aun cuando proceda, evitando así su conversión en renta matrimonial absoluta e ilimitada, que la transformaría en una pensión vitalicia comprensiva de un derecho absoluto e ilimitado en el tiempo, y de acuerdo con la generalidad de la doctrina la pensión compensatoria hay que concebirla como un derecho relativo, condicional y circunstancial, ya que depende de la situación personal, familiar y laboral del beneficiario, y cualquier modificación de las circunstancias en que fue concedido —no olvidemos— la prevalencia de la cláusula *rebus sic stantibus* puede conllevar su modificación o supresión, y en cuanto al límite temporal implica la colocación del cónyuge perjudicado en una situación de oportunidades laborales y económicas idénticas a las que tendría de no haber mediado el vínculo matrimonial. Y si en el artículo 101 del Código Civil, ya citado, no aparece como causa de extinción la del vencimiento del plazo, tampoco hay ningún precepto legal que impida a este Juzgador limitar temporalmente la misma, o decretar su supresión, de acuerdo con lo expuesto acerca de su naturaleza y el artículo 7.1 del Código Civil.

La pensión compensatoria, por tanto, se halla vinculada estrechamente a la existencia de un desequilibrio patrimonial subsiguiente a una situación de crisis en el matrimonio que desemboca en la ruptura de la convivencia. Para apreciar el desequilibrio hay que partir de la situación personal de los cónyuges anterior al matrimonio, y compararla con la situación en que quedan ambos de resultas de la separación o del divorcio. Hecha esa comparación, con la pensión se trata de compensar a aquel de los cónyuges que, debido a la actividad desplegada en razón del matrimonio (por ejemplo, su dedicación a los hijos, al otro cónyuge y a las tareas domésticas), se ha impedido de obtener una independencia patrimonial propia y autónoma porque, por ejemplo, ha abandonado un trabajo remunerado que desempeñaba antes del matrimonio, ha perdido expectativas de formación y cualificación profesional, o cualquier otra situación análoga. Para valorar la procedencia y la cuantía de

la pensión, habrá que valorar las circunstancias que recoge el artículo 97 del Código Civil, tales como la edad y el estado de salud de los cónyuges, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración en las actividades mercantiles, industriales y profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, y el caudal y medios económicos y las necesidades de uno u otro cónyuge, en el bien entendido de que el único desequilibrio patrimonial que genera la obligación de imponer a uno de los cónyuges el pago de una pensión compensatoria es aquel que tiene su origen y génesis en la ruptura del matrimonio, pero no en el que se debe a otras circunstancias extrañas.

La pensión compensatoria por todo lo precedentemente expuesto, que establece el artículo 97 del Código Civil se caracteriza por constituir un derecho de crédito que ostenta el cónyuge al que la separación o divorcio le supone un desequilibrio económico respecto del otro cónyuge, que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, pensión que responde a una finalidad cual es, según se lee en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987, que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía durante el matrimonio, a ser posible. Consecuencia de ello es que, mientras que la deuda alimenticia tiene una duración indefinida, en tanto se mantenga la necesidad de recibirlos y la posibilidad de prestarlos, y, por supuesto, mientras se mantenga el vínculo familiar, y su contenido se limita a lo indispensable para el sustento, habitación, etc. (artículo 142 CC), por el contrario, la pensión compensatoria carece de tal límite normativo y, por imperativo de su naturaleza objetiva, se extingue por las causas del artículo 101, párrafo primero del CC, radicalmente distintas de las de la prestación alimenticia.

Por otra parte, y dada su naturaleza, la dogmática actual entiende que la pensión compensatoria no es una renta absoluta e ilimitada en el tiempo, una renta vitalicia, debiendo conectarse con la posibilidad de rehacer la vida y conseguir un status económico autónomo para el cónyuge con derecho a su percibo, teniendo en cuenta la edad, cualificación profesional, años de matrimonio y demás circunstancias contempladas en el artículo 97 CC. Se trata, pues, de un derecho relativo y circunstancial, por cuanto dependerá de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; y un derecho condicional, puesto que una modificación de las concretas circunstancias en que la pensión fue concedida —de modo análogo— a la cláusula *rebus sic stantibus* puede determinar su modificación o su supresión.

Pues bien, en el caso presente, la situación de desequilibrio que se produce por la ruptura del vínculo conyugal es real; ahora bien, teniendo en cuenta el tiempo de duración de la convivencia matrimonial (unos cinco años), no puede imponerse al apelante una obligación vitalicia de pago de una pensión compensatoria, por lo que, sin perjuicio de establecerla, se hará con una limitación temporal de cinco años, salvo que pueda solicitarse su extinción con anterioridad por alguna de las causas del artículo 101 del Código Civil, tiempo más que suficiente para que aquélla provea lo necesario en orden a su independencia económica, y ello conjugándolo con el tiempo de que ha dispuesto de la misma que evidentemente no se considera excesivo dado que la recurrida renunció a una pensión que anteriormente poseía consecuencia del fallecimiento de su anterior marido.

3. *No limitación de la pensión compensatoria en los supuestos en los que el cónyuge beneficiario de la misma ha dedicado su larga vida al sostenimiento y cuidado de la familia sin realizar actividad laboral remunerada.*

AP GUIPÚZCOA, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Matías Ortiz de Zárate.

La peculiar naturaleza de la pensión compensatoria, basada en un desequilibrio económico fundado en una solidaridad familiar que surgió entre los esposos al contraer matrimonio, ha llevado a declarar que no es una renta absoluta e ilimitada en el tiempo, porque sería una carga insoportable para el obligado a abonarla y un beneficio o enriquecimiento injusto para quien la recibe, debiendo conectarse necesariamente con la posibilidad de rehacer la vida y conseguir un *status* económico autónomo para el cónyuge perjudicado y con la posibilidad real de acceder al mercado de trabajo, valorando los criterios establecidos en el artículo 97 del Código Civil: edad, años de matrimonio, cualificación profesional y demás circunstancias.

La concepción actual de la sociedad y el orden de valores imperante impone concebir la pensión compensatoria como un derecho relativo, condicional y circunstancial, por cuanto dependerá de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario, y por cuanto además una modificación de las circunstancias concretas en que la pensión fue concedida puede determinar su modificación o supresión. Y también está abriéndose paso cada vez con mayor fuerza una tendencia doctrinal a considerar tal pensión compensatoria como un derecho limitado en cuanto al tiempo de su duración, por cuanto su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades a las que habría tenido de no haber mediado tal anterior vínculo matrimonial.

Ciertamente, el matrimonio no puede concebirse —no lo permite así el respeto a la dignidad de ambos cónyuges— como una suerte de seguro vitalicio que autorice a uno cualquiera de los contrayentes a vivir indefinidamente a expensas del otro, pero quien, como sucede en este caso, ha dedicado su vida al sostenimiento y cuidado de una familia, sin realizar actividad laboral remunerada y ya en edad madura, después de casi una vida entera de sacrificios y esfuerzos en aras de la propia familia, sin cualificación profesional suficiente, ve frustrado su proyecto vital, acudiendo a la separación o al divorcio, resulta acreedora con creces de una pensión que le permita hacer frente a sus necesidades vitales a cargo de quien se benefició de sus trabajos y esfuerzos hasta que, que sin límite temporal alguno y de conformidad a lo establecido en el artículo 101 del Código Civil, el derecho se extinga por contraer la acreedora nuevo matrimonio, por vivir maritalmente con otra persona, o por cesar la causa que motivó su establecimiento, que no es otra que la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges al tiempo de la separación o divorcio (art. 97), desaparición de tal desequilibrio económico cuya prueba incumbe precisamente a la parte que postule la extinción del derecho, conforme a la regla general contenida en el artículo 1214 del Código Civil.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *No es óbice para la concesión de la litis expensas el hecho de que la esposa haya dispuesto al abandonar el domicilio conyugal de algunas cantidades del caudal común.*

AP BURGOS, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de octubre de 1999. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Arabela García Espina.

Dispone el artículo 1318.3 del Código Civil que cuando un cónyuge carece de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad serán a cargo del caudal común y faltando éste se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge, cuando la posición económica de este impida al primero por imperativo de la LEC la obtención del beneficio de la justicia gratuita.

Así, el artículo 1318 del Código Civil que dispone que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, regula de forma expresa en su número 3, el supuesto de que uno de los cónyuges necesite una cantidad (litis expensas) para litigar contra el otro, señalando que los gastos que genere dicho pleito son de cuenta del patrimonio común, o faltando éste, a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando su posición económica impida al primero la obtención de los beneficios de justicia gratuita según las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por su parte el artículo 103 del C. Civil señala como una de las medidas provisionales que puede fijar el Juez una vez presentada la demanda de separación, la contribución de cada cónyuge al levantamiento de las cargas del matrimonio, incluida si procede, las litis expensas.

Si de acuerdo con lo ya expuesto, a la esposa que carece de cualquier tipo de ingresos podría serle reconocido el beneficio de justicia gratuita de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 16 y ss. de la LEC, pero por razón de los ingresos que tiene su esposo, más del doble del salario mínimo, tiene vedado por disposición legal el reconocimiento de tal beneficio, y procede por tanto la concesión de una cantidad en concepto de litis expensas, a cargo del caudal común, preferentemente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1318.3 Código Civil. Si bien, se entiende que la cantidad solicitada y concedida en tal concepto resulta excesiva. Así se considera una cantidad suficiente para afrontar los gastos necesarios derivados del litigio que mantienen los esposos con motivo de la separación matrimonial demandada por la esposa la cantidad de 300.000 pts.

No es óbice para la concesión de la litis expensas, el hecho de que la esposa haya dispuesto al abandonar el domicilio conyugal de algunas cantidades del caudal común por cuanto que son de cuenta de la sociedad de gananciales los gastos que se originen en el sostenimiento de la familia (artículo 1362 Código Civil), entre los que está sin duda, la alimentación de sus miembros entendida, en el sentido más amplio de la palabra, y

por tanto de la esposa, por lo que no es reprobable que en previsión de tales necesidades alimentarias se proveyera antes de abandonar el domicilio conyugal de una pequeña cantidad de dinero, como en el caso de autos, ya que así debe reputarse la extracción de 432.000 pts. de las cuentas bancarias.

2. *La competencia deberá decidirse a favor del Juzgado de la ciudad donde el matrimonio tuvo el centro de intereses, con independencia de que durante un breve plazo anterior a la separación instada estuvieran residiendo temporalmente en otra ciudad.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Auto de 23 de noviembre de 1999. Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª José Torres Cuéllar.

Reitera el recurrente en la presente alzada los mismos argumentos que con suerte adversa hizo valer en la instancia, y que por idénticos motivos a los recogidos en la resolución apelada, que hace suyos el Ministerio Fiscal pues fueron a la sazón los alegados en su día para oponerse a la inhibición planteada, procede también ahora su rechazo por esta Sala. La cuestión se centra en la determinación del fuero correspondiente a la acción de separación, instada por la esposa contra su esposo, según inhibitoria propuesta por éste último ante el Juzgado n.º 5 de esta capital, frente al conocimiento de la referida demanda por el Juzgado de Ciudad Real. Ciudad ésta que fue último domicilio conyugal, pues teniéndose en cuenta que la DA 3.ª de la L. 30/1981, de 7 de julio, dispone que será competente para conocer de los procesos de separación, si los cónyuges residen en distintos partidos judiciales, a elección del demandante, el Juez del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado, ha de llegarse a la conclusión que la competencia deberá decidirse a favor del Juzgado de Ciudad Real, lugar que según refleja la documental aportada con la demanda es el centro de intereses del matrimonio, donde ambos se encuentran empadronados, donde el demandado recibe su correspondencia oficial y tiene establecido el centro de su negocio, que también lo es el familiar, por más que durante un breve plazo anterior a la separación instada estuvieran residiendo temporalmente en Málaga, y siendo aquél el fuero electivo de la demandante se está en el caso de rechazar la inhibitoria propuesta, y con ella la presente apelación.

3. *Abono por ambos cónyuges de la minuta de abogados y procurador intervinientes en el procedimiento de separación de mutuo acuerdo.*

AP LUGO, Auto de 30 de noviembre de 1999.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Edgar Amando Fernández Cloos.

La resolución impugnada estimando una acción de jura de cuenta interpuesta por los profesionales, abogado y procurador, que actuaron en el juicio de separación núm. 328/95 del juzgado de Sarria, ha de verse confirmada pues los servicios de tales profesionales fueron contratados antes de que se disolviera y liquidara la sociedad ganancial y, por tanto, el arrendamiento se hizo estando vigente esa sociedad y la deuda ha de tener atribuido ese carácter ganancial. Aunque no fuera así, lo cierto es que ambos cónyuges, actuando la separación de mutuo acuerdo, nombraron a esos profesionales, a quienes podemos considerar mandatarios, para el «negocio común» del procedimiento de separación de mutuo acuerdo y así los esposos mandantes quedaron obligados solidariamente según así lo dispone el art. 1731 CC. En consecuencia y sin perjuicio de las relaciones que luego puedan tener los deudores solidarios entre sí, lo cierto es que frente a terceros —y parece evidente la condición de tal respecto del matrimonio que puedan tener los profesionales del derecho en su actuación— vienen en la obligación, cada uno de los deudores solidarios, de abonar el todo (arts. 1142, 1144 y 1145 CC).

4. *Limitación del contenido del auto aclaratorio de la sentencia.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Auto de 14 de enero de 2000.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Navarro Peña.

La parte actora impugna el auto aclaratorio de dicha sentencia, pretendiendo sea anulado y dejado sin efecto por vulnerar los arts. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al exceder ampliamente el ámbito propio de tal resolución, modificando indebidamente el Fallo de aquella.

Dicha pretensión debe ser acogida, toda vez que como tiene establecido la doctrina del Tribunal Constitucional, plasmada, entre otras muchas, en sus sentencias número 119/1988, 27/1992, 101/1992, 380/1993, 24/1994, 106/1995, el cauce procesal previsto en los arts. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 363 de la Ley de Enjuicia-

miento Civil no puede ser utilizado para rectificar o modificar el sentido de la fundamentación jurídica que condujo al fallo, de forma que se utilice para enmendar la parte dispositiva de la decisión judicial en atención a una nueva o incluso más acertada calificación o valoración jurídica de los hechos enjuiciados o de las pruebas practicadas, pues ello entrañaría una revisión de las resoluciones judiciales realizada al margen del sistema de recursos y remedios procesales establecido.

Habiéndose acordado en el fallo de la sentencia dictada en el presente juicio que D. Juan Carlos satisfaría en concepto de pensión de alimentos en favor de sus dos hijos la cantidad de 100.000 pesetas mensuales para cada uno de aquellos, al considerar probado, según se razonaba en el fundamento jurídico cuarto de dicha resolución, que los rendimientos netos de las actividades profesionales desarrolladas por el demandado durante el año 1998 ascendieron a la cantidad de 10.702.687 pesetas, como se desprendía de las declaraciones-liquidaciones trimestrales de pagos fraccionados del IRPF de tal ejercicio anual realizadas por aquel y obrantes a los folios 551 a 554 de los autos, no era legalmente factible modificar tal extremo del fallo por vía de auto aclaratorio del mismo, para corregir el error en la valoración de la aludida documental, en que había incurrido la juzgadora de instancia al sumar los ingresos computables reflejados en cada una de dichas declaraciones trimestrales, siendo así que se trata de datos acumulados, por lo que los rendimientos netos imputables al demandado no ascendían a dicha suma sino a la de 4.165.050 pesetas, ya que ello desborda los límites de dicho cauce procesal.

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *Procede mantener la retención en la nómina del demandado para garantizar el pago de las pensiones futuras.*

AP BARCELONA, Sec 12.ª, Auto de 15 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López Carrasco Morales.

Como antecedente de la resolución recurrida hay que destacar la sentencia de separación conyugal de 12 de febrero de 1996 que condenaba al esposo al abono de 50.000 ptas. mensuales como contribución a los alimentos de los hijos, y de la mitad del valor del piso a su mujer como pensión compensatoria, pronunciamiento éste último del que fue absuelto en sentencia de esta Sala de 23 de julio de 1997. La citada señora en escrito de 16 de febrero de 1998 solicitó ejecución de sentencia firme en reclamación de pensiones atrasadas debidas a los hijos (que solo atendió parcialmente el marido) dando lugar a nueva petición en 25 de marzo, con solicitud de embargo de nómina que el ejecutado percibía de Empresa A., y finalmente de otro escrito de 11 de mayo de 1998, en el que se oponía a la petición del ejecutado de abonar directamente las pensiones en cuenta

bancaria abierta en favor de los hijos a la vez que hacía liquidación de lo que en ese momento debitaba el padre (384.308 ptas.), reiterando fuera requerido a ingresar en la cuenta de la esposa en La Caixa y conminándole con embargo de su nómina si no lo hiciera efectivo. El Juzgador, en providencia de 20 de mayo de 1998 así lo acordó, sin que fuera atendido lo ordenado, por lo que reiteró la ejecutante en escrito de 9 de junio de 1998 lo anteriormente pedido ampliando la ejecución a lo debido en ese momento (436.936); La providencia de 18 de junio y 1 de julio de 1998 ordenó el embargo de bienes y rentas del ejecutado hasta cubrir esa cantidad y la providencia de 21 de julio de 1998 ordenaba abonar las pensiones en la forma establecida en la sentencia (ingreso en cuenta designada por la acreedora, y no en la de su hijo, como pretendió el padre; Tras diversas incidencias surgidas, fue embargada la nómina, que mantuvo el Auto de 7 de octubre de 1998; hasta que la propuesta de providencia de 19 de enero de 1999 fijó la cantidad adeudada en 37.796 pts.; contra tal proveído formuló reposición, el ejecutado que interesó dejar sin efecto la orden de embargo y retención del salario, habida cuenta de hallarse al corriente de pagos, y actualizadas las pensiones a 1 de julio de 1998 y con cita de preceptos legales pidió se levantara la orden de retención y embargo, a lo que la ejecutante se opuso (escrito de 12 de febrero de 1999), habiendo desestimado la pretensión impugnatoria el auto de 5 de marzo de 1999, con los siguientes argumentos; El art. 91 del Código Civil concede al Juez facultades para establecer las cautelas o garantías que tenga por conveniente, entre ellas las de embargo de bienes o la retención del salario, sin precisar incumplimientos ni regularización en los pagos, pues la medida está destinada a asegurar el cumplimiento futuro de alimento. Se alzó el ejecutado alegando en el acto de la vista que no había causa legal para mantener el embargo, y que las demoras han provenido de haber estado fuera de España, y no obstante, están satisfechas todas las mensualidades, y la situación ha quedado superada; por lo que pidió quedara sin efecto la retención y embargo de la nómina de la Empresa.

El somero relato de las múltiples incidencias de ejecución revela la renuncia del padre a cumplir puntualmente con sus obligaciones en los términos declarados en la sentencia de Separación de 12 de septiembre de 1996, unas veces bajo la excusa de haber abonado cantidades en cuenta de un hijo, distinta a la designada por la madre, otras no deber cantidades actualizables, y ahora en la vista del recurso, con el nuevo argumento de haber estado alejado, por motivos profesionales, de España. Ninguno de estos alegatos puede hacer variar el acuerdo de embargo de nómina pues ante los reiterados incumplimientos y complejidad de cumplir una sentencia condenatoria a pagar cantidad líquida, el Juzgador ha procedido en correcta forma al mantener el embargo, pues no se trata como quiso dar a entender el ejecutado en anteriores escritos, de un embargo preventivo necesitado de la concurrencia de requisitos legales del art. 1400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni tampoco de una obligación de pago único o instantáneo, con efectos solutorios del art. 1405 de la indicada Ley Rituaria, en cuyos casos no estaría justificado el embargo, sino de obligación de pagos futuros y periódicos que repetidamente han sido incumplidos, donde el Ordenamiento faculta al Juzgador como garante de los intereses de los menores y en aras del principio *favor filii,* recogido en el art. 91 del Código Civil, a disponer de las cautelas o garantías que aconseje cada caso, para asegurar la efectividad y prestación económica a las necesidades de los hijos en cada momento (art. 93 del Código Civil), en sintonía también con lo dispuesto en el art. 1891 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que para las medidas provisionales y en especial para garantía de pago de pensiones alimenticias correspondiente a un año, establece de oficio a instancia de parte al arbitrio judicial de inventarios, depósitos, anotaciones o inscripciones en Registro público, o de la manera más amplia «cualquiera otra garantía

de naturaleza análoga». Consecuentemente el motivo no puede prosperar, pues carece de fundamento alguno que el ejecutado por su profesión estuviera fuera de España, cuando sabía y desconocer no podía, las obligaciones que declaraba la sentencia, de manera que no puede excusarse del incumplimiento, pues no dio las órdenes precisas a Bancos o sus representantes, de hacer pagos íntegros y puntuales a la madre, todo ello justifica sobradamente la persistencia de embargo y retención acordados.

2. *Imposibilidad de extinguir una pensión alimenticia en fase de ejecución de sentencia a pesar de que en el convenio regulador se estipulase que la misma cesaría cuando los hijos sean independientes económicamente.*

AP HUESCA, Auto de 21 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma.

Defiende el recurrente que no pretende modificar el convenio regulador sino que éste se cumpla en sus propios términos, es decir, que sólo pretende lograr la ejecución de la sentencia en lugar de modificarla por la incidencia de nuevas circunstancias. El recurso no puede prosperar. El recurrente lo que pretende es que se suprima la pensión alimenticia pactada y aprobada judicialmente en favor de uno de sus hijos y tal cosa lleva consigo la modificación de las medidas inicialmente acordadas por concurrir, según la parte, nuevas circunstancias lo cual debe depurarse en el correspondiente procedimiento de modificación de medidas y ello aunque el propio convenio tuviera previsto el cese de la obligación de pasar la pensión cuando los hijos inicien su actividad laboral y se independicen económicamente pues tal cosa no supone sino reiterar lo ya dispuesto en el artículo 152 del Código Civil siendo preciso el correspondiente procedimiento contencioso, de no existir acuerdo de los interesados, para dilucidar si realmente se ha producido la situación de independencia económica. Por otra parte, tampoco puede entrar en acción la previsión de haber cumplido el hijo dieciocho años pues, según los términos del convenio, el cumplimiento de dicha edad no determina automáticamente el cese de la pensión pues, además es preciso, según el convenio, que el hijo haya concluido sus estudios cuestión que, nuevamente, de no existir acuerdo entre los interesados, debe ser debatida en el correspondiente proceso contencioso.

3. *La sentencia dictada en el incidente de modificación de medidas que reduce la cuantía de la pensión alimenticia carece de efectos retroactivos.*

AP LEÓN, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Álvarez Rodríguez.

Por sentencia de 27 de mayo de 1988 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de León se decretó la disolución, por divorcio, de mutuo acuerdo solicitada, del matrimonio formado por los esposos D. Vicente Felipe y D.ª Amparo, aprobándose simultáneamente el convenio regulador de sus efectos, entre cuyas estipulaciones, numerada la cuarta, figuraba la siguiente: «D. Vicente Felipe se obliga a abonar a los hijos comunes en concepto de Alimentos la cantidad mensual de 35.000 ptas. (treinta y cinco mil pesetas) cantidad que deberá ser entregada mediante transferencia bancaria dentro de los cinco Primeros días de cada mes en la cuenta corriente que la madre María Amparo tiene abierta en la "Caja de Ahorros L.". Esta cantidad se revisará anualmente conforme a las variaciones que sufra el salario del padre o los ingresos del mismo».

En el incidente de modificación de medidas del que dimana el presente rollo de apelación, instado por la representación del padre, se solicitó se declarara la extinción de dicha pensión, con efectos dicha declaración del mes de mayo de 1995, que es cuando el hijo más pequeño de los dos habidos del matrimonio (Tatiana, nacida el 18-03-75 e Iván, nacido el 03-05-77) alcanzó la mayoría de edad y su independencia personal y económica, ya que la mayor había completado su formación y sus estudios con anterioridad y contaba con algunos trabajos y en cualquier caso con posibilidades de acceder al mercado laboral. Invocando en apoyo de tal pretensión otras circunstancias, además de las anteriores y distintas de las que se tuvieron en cuenta al tiempo de la suscripción del aludido convenio regulador y que se pueden resumir en que, de una nueva unión conyugal, ha tenido otros dos hijos (Alonso y José Vicente, nacidos, respectivamente, el 15-05-89 y el 18-01-91), que sus ingresos se han visto reducidos, que su situación laboral no es estable y que, a diferencia de la suya, la posición económica de su ex-esposa, con un trabajo remunerado y con una pareja con considerables ingresos, ha mejorado.

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia que tramitó el incidente, tras analizar individualizadamente la situación de cada uno de los dos hijos habidos del matrimonio, traídos al procedimiento en calidad de demandados, acordó reducir a la mitad la obligación pecuniaria del actor y ello por entender que en tanto Iván tiene una independencia económica incardinable en el supuesto de extinción de la obligación alimenticia prevista en el artículo 152.3.º del Código Civil, ya que trabaja desde finales de septiembre de 1998 en la empresa «Construcciones M.» por lo que percibe unos ingresos de unas 110.000 ptas. mensuales, que completa con lo que le pagan por trabajar en un pub los fines de semana, Tatiana, a diferencia de su hermano, aunque mayor que él no se ha justificado que tenga una vida independiente ni por haber terminado sus estudios y haber conseguido una titulación suficiente para asegurarse el en-

cuentro de un empleo remunerado, ni por estar de hecho trabajando en lugar alguno.

Formulado recurso por ambas representaciones, la de la demandada, con carácter principal, interesó se dejara sin efecto la declaración de extinción de la parte de la pensión alimenticia correspondiente a Iván, ya que el trabajo con el que cuenta desde el 25 de septiembre de 1998 es de carácter eventual y la remuneración que obtiene es insuficiente para subvenir a sus mínimas necesidades y, con carácter subsidiario, que no se concediera carácter retroactivo al pronunciamiento impugnado de la resolución recurrida, por el Juez *a quo* concretado en octubre de 1998, máxime si lo que en la demanda se pedía era su retroacción al momento de la consecución de la mayoría de edad del joven Iván o, en su defecto, a la fecha de la presentación de la demanda. Y la del actor, que recurrió por vía de adhesión, que se estime la demanda en los mismos términos en que fue planteada, tanto respecto de la extinción de la pensión respecto de su hija, como respecto del momento a que ha de retrotraerse la declaración de extinción de la de su hijo.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, el deber de alimentos de los padres para con sus hijos abarca todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. El artículo 152 del mismo cuerpo legal entre las causas de extinción de la obligación de dar alimentos incluye, numerada la tercera, el que el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia. Una constante doctrina jurisprudencial viene contemplando, para otorgar la protección, la situación de quienes, aun habiendo alcanzado la mayoría de edad, siguen inmersos en sus estudios, manteniendo la obligación del progenitor o progenitores alimentantes de seguir atendiendo a sus necesidades mientras se mantenga un razonable nivel de regularidad tanto en el esfuerzo como en el resultado a través de él conseguido. Pues bien, tal doctrina no es sino la que ha aplicado la resolución recurrida al constatar que el hijo, sin perjuicio de que en el futuro, como otras muchas personas en los tiempos que corremos, pueda verse abocado a una situación de desempleo, desde hace ya más de un año goza de un trabajo remunerado, que le dota, pues, de una cierta estabilidad en el empleo y que por la cuantía de su remuneración ha de ser suficiente para atender a sus necesidades, que no están acrecentadas por la prosecución de unos estudios con los que poder mejorar la formación y con ello y quizás la categoría profesional. Por lo que la decisión de dar por extinguida la obligación para con él de su padre se ha de considerar acertada, como acertada lo es la retroacción del inicio de sus efectos a la fecha en que encontró el actual trabajo, pues aunque la ley no regula la cuestión expresamente, al imponer en el artículo 148 el pago por meses anticipados y exonerar a los herederos del alimentista, en caso de fallecimiento de éste, de devolver la mensualidad anticipada, de alguna manera da pie a que todo lo demás abonado con posterioridad a la causa de extinción, si ésta —cronológicamente hablando— se puede determinar, se pueda reclamar; sin que constituya obstáculo alguno a tal decisión los términos en que fue redactado el suplico de la demanda, pues contempladas dos fechas alternativas, la escogida se encuentra entre ambas, concediéndose por tanto menos de lo en principio peticionado.

En cuanto a Tatiana, consta acreditado que sigue cursando estudios y que ha disfrutado de becas como consecuencia de su buen rendimiento, conservando por lo tanto su derecho a seguir percibiendo alimentos que conduce al rechazo, sin más, del recurso en tal sentido planteado por el alimentante.

VIII. REGÍMENES ECONÓMICOS

1. *Inclusión en el activo del valor de las acciones gananciales que fueron enajenadas por el esposo sin el consentimiento de la esposa al no haberse acreditado que su producto se invirtiera en atender las cargas del matrimonio.*

AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de octubre de 1999. Ponente: Ilma. Sra. M.ª José Pueyo Mateo.

En lo concerniente a las 9.600 acciones de Iberdrola, no se discute el hecho de que fue el esposo quien procedió a enajenarlas habiendo dado la orden para ello el 15 de abril de 1996 es decir 3 días después de la admisión a trámite de la petición de medidas provisionales. Es igualmente pacífico que por la venta obtuvo el Sr. A. 11.258.013 ptas. —doc. 10 de la demanda—. Siendo la cuestión controvertida si la titularidad de las acciones era privativa y si la suma obtenida por la enajenación de las mismas la dedicó o no a cubrir atenciones familiares.

Es principio efectuada por un cónyuge la venta de un bien ganancial, sin el consentimiento del otro e incluso en fraude del mismo, lo que se genera es un crédito de la Sociedad de gananciales frente al enajenante de conformidad con lo previsto en el art. 1390 CC precepto este que tiene como finalidad proteger al patrimonio ganancial, de ahí que el cónyuge que se enriqueció sea deudor a la comunidad del exceso con que se haya lucrado en su patrimonio. Idea que igualmente encontramos en el art. 1359.2 CC.

Cuestión distinta, que es la planteada por el apelante Sr. A., es el carácter de las acciones enajenadas, ciertamente las mismas tendrían carácter privativo si hubieran sido adquiridas con dinero privativo, mas tal afirmación no ha resultado en ningún momento acreditada, como tampoco lo ha sido que el referido dinero proviniera a su vez de la venta de acciones heredadas, lo cual indudablemente resulta de fácil demostración. Diversamente el propio Sr. A.G. en la confesión judicial efectuada en el expediente de medidas —folio 115— afirma que las acciones eran gananciales; si a ello añadimos la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC el motivo del recurso ha de decaer.

En lo atinente a la alegación del recurrente de que en todo caso el importe obtenido por la venta de las acciones se destinó a atenciones familiares, concretamente a saldar una deuda contraída con un hermano suyo quien le habría estado prestando importantes cantidades tras la situación de desempleo a que se vio abocado el recurrente con el cierre del Establecimiento donde prestaba sus servicios y del que era socio, debe consignarse que si bien el art. 1362 núm. 1 CC establece que son de cargo de la Sociedad de Gananciales «el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia», disponiendo asimismo el art. 1365 CC que

los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: 1.º) en el ejercicio de la potestad doméstica, lo cierto es que en el caso de litis no se ha probado la existencia de tales deudas ni que las mismas se generaron en el ejercicio de la actividad doméstica, constando únicamente el testimonio de un hermano del Sr. A. que afirma haberle ido prestando dinero hasta llegar a la cantidad de 11 millones de ptas., mas tal declaración en cuanto no corroborada por ninguna otra prueba, y proviniendo de una persona íntimamente vinculada al recurrente se estima insuficiente para acreditar un hecho —el del préstamo— de tanta trascendencia, máxime teniendo en cuenta la advertencia que al respecto se contiene en el art. 1248 CC.

2. *Legitimación del esposo para instar un procedimiento en beneficio de la sociedad de gananciales aun cuando el derecho base pertenezca con carácter privativo a uno sólo de los cónyuges.*

AP LUGO, Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Edgar Amando Fernández Cloos.

Un tema que se plantea en la apelación es el relativo a la titularidad de la finca "A." pues la propia documental aportada al pleito (escrituras públicas de 11/9/72 y 18/2/74) determina el carácter privativo de tal predio a favor de D.ª Mercedes. No obstante eso lo cierto es que hemos de tener presente que en uno de los pleitos acumulados, el 81/99, el allí actor y aquí apelante, D. Ramón, se refiere al carácter ganancial de la finca "A.", tal carácter es expresamente aceptado por D.ª Mercedes en la contestación que realiza a esa demanda y, por tanto, en ese dato estaban conformes las partes y nada cumplía acreditar en el pleito.

Con independencia de lo anterior es lo cierto que para la interposición de la demanda que plantea D. Benjamín, esposo de D.ª Mercedes, y que actúa en beneficio de la sociedad de gananciales, deberemos de considerar que el mismo estaba legitimado pues aunque la finca, objetivamente, pudiera tener el concepto de privativa esto se referiría a la titularidad de la propia finca y lo que se pretende con el ejercicio de la acción entablada ex art. 591 CC es eliminar los árboles próximos a esa finca pues los mismos pueden perjudicar o dañar a los frutos o plantaciones que se puedan establecer en tal finca y como, según lo señalado en el art. 1347 CC, esos beneficios habrían de tener el carácter de ganancial hemos de entender que el marido está perfectamente legitimado para actuar en beneficio de la sociedad ganancial en cuanto que esta se podía ver perjudicada por las plantaciones de árboles colindantes.

3. *Carácter privativo de la donación efectuada a un cónyuge mediante ingreso en una cuenta corriente conjunta cuando al efectuarse dicho ingreso consta como beneficiario exclusivamente uno de los cónyuges.*

AP SEGOVIA, Sentencia de 9 de diciembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco.

La cuestión que invoca la recurrente es el carácter privativo de la donación de 1.228.622 pesetas, en junio de 1989, realizada por el padre de la demandada (documento núm. 10 de los que acompaña a la demanda).

El Juez de Instancia, pese a citar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la titularidad de las cuentas corrientes bancarias, que implican la libre disponibilidad de fondos a favor de los mismos, pero no supone necesariamente un condominio sobre sus saldos (SSTS 15-7-93, 19-12-95, 7-6-96 y 29-9-97) y resultar acreditado que la transferencia de esa cantidad a la cuenta cotitulada se hace constar como beneficiaria a la hija D.ª Maravilla, entiende que al realizarse a favor de la cuenta solidaria se hizo a favor de ambos esposos.

Tal inferencia no se acomoda con las previsiones legales y tampoco es congruente con la lógica argumentativa descrita, ni es consecuencia obligada de las reglas de experiencia; en primer lugar acreditada la donación resulta superada y contradicha de manera suficiente y plena la presunción de ganancialidad.

En principio, la adquisición a título gratuito determina su carácter privativo (1346.2.º CC), y sólo puede considerarse ganancial, tras la extraña y peculiar reforma en este extremo de 1981, si el bien es donado conjuntamente y sin especial designación de partes; siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante no dispusiera lo contrario (art. 1353); pues bien, en autos el dinero efectivamente se entrega en una cuenta titularidad de ambos cónyuges, de la que no se deriva inexorablemente condominio sobre los saldos; y sí se hace mención expresa del beneficiario, D.ª Maravilla; cuando no era preciso para la virtualidad de la transferencia, pues bastaba con la designación de la cuenta corriente o pudo hacerse constar a ambos esposos; circunstancias que determinan el carácter privativo de la mencionada cantidad de dinero, de exclusiva titularidad de la recurrente.

En definitiva, sólo resultaría predicable la ganancialidad de la donación en ausencia de designación de parte; pero constando como beneficiaria de la transferencia bancaria exclusivamente D.ª Maravilla, la naturaleza de tal bien adquirido a título gratuito resulta privativo en su integridad de ésta.

IX. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *La oposición del padre a la constitución del acogimiento no es necesario sustanciarlo por los trámites del juicio verbal.*

AP JAÉN, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de noviembre de 1999. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Lourdes Molina Romero.

El Ministerio Fiscal y la Consejería de Asuntos Sociales impugnaron la sentencia dictada por el Juzgado, manteniendo los mismos argumentos expuestos en la instancia, que habrán de prosperar por las razones que seguidamente indicamos.

D.ª Ana María se opuso a los Autos de Acogimiento 9/99 que se tramitan en el Juzgado de Instancia. Al efecto se dictó providencia de 7 de abril de 1999 en la que se acordaba formar pieza separada, convocando a las partes a juicio verbal. Precisamente en la comparecencia, tanto la Consejería de Asuntos Sociales como el Ministerio Fiscal alegaron la inadecuación del procedimiento que ahora sostienen. Las normas procesales son de orden público y vinculan tanto el órgano judicial como a las partes. De ahí que su infracción, aun cuando no se haya alegado, pueda apreciarse de oficio.

En el caso que nos ocupa entendemos que no resulta procedente la aplicación del art. 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este precepto ha sido el que al Juzgador de instancia le ha servido de base para abrir la pieza separada y continuar la limitación del juicio verbal. Pero no es de aplicación aun cuando su ubicación sistemática en la Sección Primera relativa a las reglas comunes del Acogimiento y la Adopción nos pudiera llevar a esa conclusión.

En efecto, aunque el legislador no distingue, es evidente que la interpretación sistemática del precepto nos lleve a concluir que en los supuestos de acogimiento no se precisa el consentimiento ni el asentimiento de los padres biológicos cuando se trata de su constitución judicial. Precisamente la oposición de aquellos es el presupuesto para que pueda ser acordado por el Juez en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 177.3 del mismo texto legal). De ahí que en estos casos no resulte necesario el consentimiento de los padres que simplemente son oídos aunque no estén privados de la patria potestad ni suspendidos de su ejercicio (art. 1828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) (Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de abril de 1997).

Por otra parte, la remisión al art. 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene sentido cuando se trata de adopción, pues en ese caso sí sería preciso determinar por esos trámites si pueden asentir los padres biológicos por estar o no incursos en causa legal para tal privación (art. 177 CC).

No sería preciso tal extremo en el Acogimiento, toda vez que la remisión que el art. 177.3 del Código Civil hace a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene precisamente ese objeto, esto es, determinar el acogimiento cuando los padres o tutores no consienten o se oponen al mismo. Carecería, por tanto, de objeto la remisión al juicio verbal y su tramitación en pieza separada,

cuando la finalidad sería la misma que pretende el proceso principal. Con el contrasentido que ya apunta la Consejería de Asuntos Sociales, de que sin tener en cuenta, como aquí acontece, la prueba documental obrante en los autos principales, se dicte una resolución que dejaría sin contenido la Propuesta de Acogimiento seguida en los autos principales.

No se puede invocar la tutela judicial efectiva o la mayor garantía que ofrece un juicio declarativo ordinario, cuando el legislador no lo considera oportuno. Basta, por tanto, según las normas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en los arts. 1825 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en todo caso permiten en interés del menor que el juez ordene la práctica de cuantas diligencias estime oportunas en la adopción, y el acogimiento. Máxime cuando no consta la inconstitucionalidad de aquellas.

Por todo lo expuesto, y estimando los recursos, que utilizan similares argumentos, procede declarar la nulidad de actuaciones, al amparo de los preceptos indicados en relación con los arts. 238 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo retrotraerse y quedar sin efecto lo actuado desde el momento anterior en que se acordó la tramitación por juicio verbal al Acogimiento propuesto por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía.

2. *La negativa de los padres biológicos a prestar el asentimiento a la adopción no es obstáculo para que en interés del menor pueda constituirse la adopción.*

AP BALEARES, Sec. 5.ª, Auto de 29 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Zaforteza Fortuny.

En el auto que puso fin al primer grado jurisdiccional de este procedimiento, la Magistrado *a quo* denegó la adopción del menor Rafael, solicitada por la representación procesal del Consell Insular d'Eivissa i Formentera en favor de don F. y doña M., porque entendió aquélla que «no habiendo asentido la adopción los padres del adoptando menor de edad, que no están privados de la patria potestad y no se estima que sea este expediente de jurisdicción voluntaria el adecuado para apreciar, sin contradicción alguna, si están o no incursos en causa legal para tal privación, no procede constituir la adopción interesada, reservando a los adoptantes el derecho que les asiste para acudir a la vía contenciosa a fin de vencer la oposición de los padres del adoptando». Tal resolución denegatoria fue recurrida por la representación del Consell Insular d'Eivissa i Formentera, promovente del expediente. La dirección letrada de la parte apelante, en esta alzada, ha pedido la revocación del auto combatido y el acogimiento de la adopción interesada, resaltando que en este asunto debe prevalecer el interés del menor. El Ministerio Público se ha adherido a la petición revocatoria formulada por la parte apelante, posición que ha sustentado en la tesis de que la declaración de los padres del adoptando en el sentido de oponerse a la adopción propuesta no es óbice para que se acceda a la misma.

Dada la fundamentación expuesta en el auto recurrido para denegar la adopción pro-

puesta en el escrito inicial del procedimiento, la primera cuestión que debe ser abordada es la de si el asentimiento de los padres biológicos del adoptando, previsto en el artículo 177.2 del Código Civil, tiene carácter vinculante para este Tribunal o si la norma se limita a exigir que se requiera el parecer de los progenitores del adoptando, con independencia de que, una vez cumplido ese trámite y sea cual fuere la declaración de voluntad de los mismos, quepa adoptar la decisión que se entienda más beneficiosa para el menor, aunque se contradiga la opinión de sus padres. Tal análisis debe ser realizado en el caso que se enjuicia, aunque en el escrito inicial del procedimiento se hubiera afirmado que los progenitores del menor adoptando están incursos en causa de privación de patria potestad, pues esa simple manifestación carece por sí sola de relevancia, al no haberse cumplido con lo previsto en el artículo 177.2.2.º del Código Civil (según redacción conferida por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente cuando se inició la sustanciación de estos autos), en relación con el artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, al no haberse seguido el oportuno procedimiento contradictorio para dar oportunidad a los padres biológicos de Rafael de alegar y probar lo que estimaran oportuno en relación con si han incurrido en causa de privación de la patria potestad, pues sólo fueron preguntados acerca de si prestaban su aquiescencia a la adopción propuesta.

No desconoce este Tribunal las discrepancias doctrinales que ha propiciado ese tema, de modo que para algunos autores el asentimiento de los progenitores del menor en sentido afirmativo es requisito *sine qua non* para acceder a la adopción, mientras que otros sectores doctrinales entienden que es suficiente con cumplir el preceptivo trámite de audiencia, tras lo cual cabe acordar lo procedente, sin limitación alguna del margen de decisión y desde el prisma de la prevalencia del beneficio del menor. En relación con esa materia, tampoco hay unanimidad en las resoluciones dictadas por diversas Audiencias Provinciales, puesto que algunas de ellas (así, la de Teruel en sentencia de 15 de abril de 1993 y la de Vizcaya en sentencia de 14 de septiembre de 1995) han entendido que la disconformidad de los progenitores respecto a la adopción de sus hijos supone un veto vinculante para el órgano jurisdiccional que debe resolver, mientras que otras (por ejemplo, la de Barcelona en auto de 20 de marzo de 1991 y la de Almería en sentencia de 21 de mayo de 1992) han considerado que el asentimiento no es una *conditio iuris* y que debe, por lo tanto, adoptarse la decisión que más favorezca al menor, con independencia de la voluntad de sus padres biológicos.

La Sala se decanta, en esta tesitura y tal como hizo al abordar un supuesto análogo en su auto de 11 de noviembre de 1998, por considerar que la negativa de D. Rafael y D.ª Silvia a prestar su aquiescencia a la adopción de su hijo biológico no supone un obstáculo para que este órgano jurisdiccional pueda entrar en el examen de cuál es el interés superior del menor adoptando y, por ende, dilucidar cuál es la resolución más adecuada en el supuesto que se analiza. Este criterio se fundamenta en las razones siguientes:

A) Desde la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, nuestro ordenamiento jurídico configura la patria potestad como una función que la ley encomienda a los progenitores en beneficio del hijo, de manera que los derechos concedidos a aquéllos son un medio para cumplir los deberes que se les imponen, y, así, el artículo 154 del Código Civil preceptúa que «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad».

B) En el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de adopción y otras

formas de protección de menores, se señaló que «se ha estimado, en fin, que aquel sistema —en referencia al que regía antes— no estaba suficientemente fundado en la necesaria primacía del interés del adoptado, que debe prevalecer, sin prescindir totalmente de ellos, sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción, como son los de los adoptantes y los de los padres o guardadores del adoptado. La presente Ley pretende, por el contrario, basar la adopción en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. Cabe señalar que, con esta medida, la adopción no será ya un simple negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza... El procedimiento, en cualquier caso, se simplifica porque desaparece la etapa final notarial y porque, sin mengua de las necesarias garantías, la Ley permite prescindir, si no del consentimiento básico del adoptante y adoptado, sí de otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro».

C) Profundizando en esa nueva concepción de la adopción, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, después de destacarse que la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, introdujo cambios sustanciales en el ámbito de la protección del menor y que, no obstante, su aplicación permitió detectar determinadas lagunas, se apuntó que con la nueva reforma «en definitiva, se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos».

D) Los artículos 1825 y 1826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción conferida por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, disponen que las actuaciones procedimentales relativas al acogimiento de menores y a la adopción se practicarán con intervención del Ministerio Fiscal, que los interesados podrán actuar bajo la dirección de abogado, y que el Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción, el acogimiento o su cesación resultarán beneficiosos para el menor, de modo que se garantiza la defensa de los diferentes intereses que puedan entrar en colisión, no se supedita a la aquiescencia de los padres biológicos del menor la posibilidad de acceder a la adopción, y se prevé la práctica de diligencias que permitan adoptar la decisión más beneficiosa para el adoptando.

Por lo expuesto, considera este Tribunal que es factible prescindir del asentimiento de los padres del adoptando y que, más allá de la negativa de aquéllos, se ha de indagar acerca de cuál puede ser la resolución más favorable para el interés superior del menor, desde el entendimiento de la adopción como un instrumento de integración familiar, a cuyos efectos se ha de resaltar que durante la sustanciación de este procedimiento se han podido aportar al expediente todos los elementos necesarios para acordar lo más conveniente para el adoptando.

El Tribunal Supremo ha declarado, en relación con los procedimientos de adopción, que «es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como 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 paterno-filiales; 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 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; principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil» (sentencia de 20 de abril de 1987). Siguiendo esa pauta, del examen de los autos se desprenden, como datos más relevantes, los que a continuación se desgranan:

1) En cuanto al menor Rafael consta acreditado que nació en Ibiza el 21 de abril de 1997, que su inscripción de nacimiento fue promovida fuera de plazo a instancia de la Entidad Pública competente, la cual asumió la tutela automática en virtud de auto judicial dictado al apreciarse que el menor se hallaba en situación de desamparo, por lo que se privó de la guarda y custodia a los padres biológicos, con el fin de apartar al niño de peligros y de evitarle perjuicios. Tras incumplir los progenitores biológicos con los compromisos contraídos con la Entidad Pública y haber interrumpido voluntariamente las visitas con su hijo y las citas concertadas con el Servicio de Drogodependencias, se iniciaron contactos con la familia extensa del menor, tanto paterna como materna, los cuales no prosperaron, por lo cual se formalizó el acogimiento familiar del menor, con carácter preadoptivo, con los hoy adoptantes, considerados los más adecuados para las características personales del menor. Desde que se formalizó el acogimiento provisional preadoptivo, en fecha 7 de agosto de 1997, el niño Rafael ha convivido con los adoptantes en un ambiente familiar adecuado y ha recibido los cuidados necesarios para su formación integral y emocional, por lo cual el Consell Insular d'Eivissa i Formentera propuso la adopción en favor de dichos adoptantes, valorando el Equipo Técnico del Servicio de Protección de Menores de dicho Consell, «la nula capacidad de los padres biológicos del menor, su incapacidad total de recuperarse de la situación de drogodependencia y marginalidad, habiendo corroborado que la familia extensa de éstos ha obviado cualquier responsabilidad frente al menor» y resaltando, al tiempo, la idoneidad de los adoptantes propuestos.

2) Según los datos obrantes en el procedimiento, el padre biológico del adoptando nació en Ibiza el 7 de noviembre de 1967, ha sido ingresado varias veces en prisión, es drogodependiente debido a su adicción a la heroína por vía endovenosa desde que tenía 21 años, ha iniciado diversos tratamientos para desintoxicación, si bien los ha abandonado volviendo a recaer en el consumo de la heroína y durante la sustanciación del procedimiento en primera instancia se hallaba en prisión. La madre del adoptando nació en Barcelona el día 10 de noviembre de 1965 y vivió en dicha ciudad hasta que se trasladó a Ibiza en 1995, siendo también adicta a opiáceos y cocaína, sin que conste que hayan iniciado ningún proceso terapéutico, observándose que no convive con sus tres hijos mayores, nacidos antes que Rafael, el adoptando. Al haber sido oídos para que se manifestaran con respecto a la adopción, ambos padres biológicos manifestaron que no estaban de acuerdo con la misma y que se oponían a ella, si bien no concretaron los medios y modos con los que pensaban educar al niño y mantenerlo económicamente, expresando solamente su genérica esperanza de encontrar trabajo.

3) Por lo que concierne a los adoptantes, se ha comprobado que nacieron el 23 de julio de 1965 y el 30 de junio de 1964, respectivamente, que contrajeron matrimonio el día 25 de julio de 1992, que no padecen enfermedad física o psíquica que sea óbice para la adopción, que el adoptante es funcionario de la Conselleria d'Educació, Cultura i Esports y presta sus servicios como profesor de enseñanza secundaria, que la adoptante es diplomada en Derecho, ha estudiado Educación Infantil y ha trabajado como auxiliar administrativa, que los mencionados cónyuges disfrutan de una situación económica que les permite afrontar los gas-

tos precisos para atender las necesidades del menor que pretenden adoptar, que son propietarios de una vivienda suficientemente amplia para cobijar a toda la familia y que reúne buenas condiciones tanto higiénico-sanitarias como de espacio físico, que carecen de antecedentes penales, que disfrutan de cobertura sanitaria, que los estudios realizados por la señora Luisa sobre Educación Infantil y las prácticas correspondientes a tal formación implican una especial aptitud para educar al adoptando, mientras que el señor Francesc posee una amplia experiencia en la enseñanza a adolescentes, todo lo cual permite concluir que dichos adoptantes son plenamente idóneos para cumplir con los deberes derivados de la adopción solicitada.

Calibrando todas las circunstancias expuestas, este Tribunal concluye que ha de aprobarse la adopción propuesta en el escrito inicial del procedimiento, por entender que, con independencia de la disconformidad con la adopción por parte de los progenitores biológicos de Rafael, tal decisión es la más conveniente para el interés del niño, el cual debe prevalecer sobre cualquier otra consideración.

X. FILIACIÓN

1. *El* plurium concubentium *no permite descartar por sí solo la paternidad ya que no se trata de un hecho contrario o excluyente de la misma.*

AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Villagrasa Alcaide.

Se origina el presente procedimiento mediante la interposición de demanda en la que se ejercita por la actora la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial de su hija Lara contra D. Joan, interesando que se declare tal filiación paterna la determinación consiguiente del primer apellido paterno y de la fijación de una pensión alimenticia en interés de la menor.

La Juez de primera instancia tras desestimar las excepciones dilatorias opuestas por el demandado —sobre falta de legitimación activa, defecto legal en el modo de proponer la demanda, *plurium litisconsortium* y falta de arraigo en juicio—, estima sustancialmente la demanda, tras un análisis de la prueba practicada y atendiendo a la reiterada negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, aplicando al caso de autos el derecho español, dado que, determinada la filiación paterna, la menor adquiere de forma originaria la nacionalidad española por aplicación del criterio de *ius sanguinis.*

El demandado-apelante interesa la revocación de la Sentencia por cuestiones relacionadas con la valoración de la prueba practicada por la juzgadora de instancia, dado que, a su juicio, no ha quedado acreditada la relación afectiva sexual entre las partes en el período de concepción de la menor Lara, puesto que ella se encontraba de viaje

por Marruecos y él estaba de vacaciones en Praga y en Sevilla. Por otro lado, manifiesta que, por aplicación del artículo 18 de la Constitución, su negativa a someterse a las pruebas biológicas no puede equivaler al reconocimiento de paternidad, puesto que la jurisprudencia ha destacado que se trata de un mero indicio que debe venir acompañado de otras pruebas, sin que tengan entidad a estos efectos la documental fotográfica ni la testifical, de la que sólo cabe deducir, a su juicio, que tuvo relaciones sexuales con otros hombres antes y durante la gestación.

Limitados los motivos de apelación a la valoración de la prueba practicada y a su debida aplicación a la ausencia de pruebas biológicas, debe desestimarse por la Sala el recurso interpuesto, por haber quedado sobradamente acreditado, cuanto menos, la relación sentimental entre las partes en el período de probable concepción de la menor, lo que, unido a la reiterada actitud reticente del apelante a someterse a las pruebas biológicas, las únicas que darían un resultado prácticamente exacto e indubitado, ante las dificultades probatorias sobre las relaciones sexuales ciertas, que quedan en el ámbito más íntimo de la vida personal, conducen a la confirmación de la Sentencia dictada en primera instancia, que resulta plenamente conforme a Derecho.

A estos efectos, ha quedado acreditado en las presentes actuaciones: A) la relación sentimental entre las partes, a través de la prueba de confesión en juicio de la demandante (folio 130), del demandado (folio 129) que también lo reconoce en su escrito de contestación a la demanda (folio 36) y de la documental aportada junto con la demanda, principalmente del reportaje fotográfico en que puede apreciarse una actitud afectiva entre las partes en diversos lugares y períodos temporales (folios 12 a 15). B) La duración de tal relación que no puede calificarse, como pretende el apelante, de puntual o esporádica, lo que, a la vista de dichas fotografías queda corroborado, y que ha sido reconocido en las pruebas de confesión en juicio de las partes y en la prueba testifical. C) La coincidencia temporal entre tal relación sentimental y el período cierto de concepción embrionaria, lo que cabe deducir de las últimas fotografías (folios 14 y 15), tomadas en la fiesta de cumpleaños del apelante y en las que se puede observar a las partes en actitud cariñosa. El testigo, que aparece en una fotografía tomada en dicha celebración, reconoce que se trata del cumpleaños de D. Joan, en fecha 4 de julio de 1995 (folio 88), lo que coincide con la fecha establecida médicamente en el informe emitido por el Hospital Clínic en el que, con base en los informes ginecológicos «se puede suponer que la concepción tuvo lugar alrededor del día 16 de julio + una semana, aunque la precisión de tal fecha es relativa. El parto tuvo lugar el día 2 de abril de 1996 obteniéndose un feto hembra de 3700 g. compatible con las fechas propuestas» (folio 168). No obstante la corrección del informe médico, con un simple cálculo temporal se puede observar que los nueve meses matemáticos de gestación corresponden con esa fecha de aniversario del apelante, en la que hay constancia, incluso fotográfica, de la existencia de relaciones sentimentales y probablemente sexuales entre las partes. El período legal de concepción se extiende en el lapso temporal comprendido entre el día 7 de junio y el día 4 de octubre de 1995 durante el cual ha quedado suficientemente acreditado que la relación estaba viva y era activa, a pesar de los viajes, en todo caso puntuales, a que se refiere el apelante y cuya realidad no empece a aquella conclusión, puesto que durante esa época se hallaba la actora en período laboral y no ha quedado probada la estancia vacacional en Marruecos. D) El conocimiento y aceptación por parte del demandado-apelante sobre el embarazo y sobre el parto, como se deduce de la confesión en juicio de las partes y de la referida testifical.

La existencia de una relación sentimental entre las partes ha quedado, en consecuencia, sobradamente acreditada por las declaraciones de ambas partes, tanto en los escritos presentados como en las respuestas ma-

nifestadas en la prueba de confesión en juicio, así como por las fotografías que la actora aportó junto con su escrito de demanda, tomadas en diversos momentos de su relación y en diferentes lugares, así como por la proposición de diversos testigos que han acreditado la realidad de la referida relación y su duración continuada entre mediados del año 1990 y mediados del año 1996.

Todas estas pruebas indirectas, anunciadas en el artículo 135 del Código Civil, forman parte del presupuesto indiciario de la declaración de filiación, sin que pueda admitirse la denominada *exceptio plurium concubentium* (la relación de la otra parte con otros hombres) que vuelve a plantear en esta segunda instancia la representación del demandado-apelante, puesto que sólo puede deducirse de la testifical propuesta por el apelante a través de dos personas desvinculadas del entorno de la actora cuya apreciación carece de consistencia siquiera indiciaria, por la relación laboral que una de ellas guarda con el apelante y por los términos expresados por la otra, que reconoce no tener conocimiento directo de este hecho sino que se refiere a referencias de terceros, a los que califica de «que los hombres hablan mucho pero que ella no lo sabe» (respuesta a la repregunta tercera, folio 132). Adolece, por tanto, esta prueba del valor probatorio en el malicioso e interesado sentido en que lo utiliza el hoy apelante, al pretender derivar de este hecho que la actora se dedicaba a la prostitución, lo que en absoluto puede deducirse de las actuaciones, en las que, por el contrario, ha quedado acreditado el empleo regular de la demandante (informe de vida laboral, al folio 63).

En todo caso, el *plurium concubentium* no permite descartar por sí solo la paternidad, ya que no se trata de un hecho contrario o excluyente de la misma (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1987). Si se sitúa, como parece ser, en el lugar de las meras sospechas o suposiciones del apelante, aun se hace más conveniente y necesaria la realización de las pruebas biológicas de determinación de la filiación, cuya negativa debe incidir necesariamente en la declaración de la misma.

En los procedimientos de filiación la única prueba directa de la veracidad de la reclamación es, según constante jurisprudencia, la denominada prueba biológica, cuya práctica fue propuesta por la actora y acordada por el Juzgado, sin que el demandado, tras haberse opuesto reiteradamente y sin éxito a su práctica, haya comparecido para su práctica efectiva en ninguna de las ocasiones en que ha sido requerido (oficio remitido por el Instituto Nacional de Toxicología, al folio 210). Tampoco ha comparecido tras acordarse esta prueba en esta segunda instancia y constatarse la incomparecencia del apelante en dos ocasiones, a pesar de haber sido debidamente emplazado (oficios obrantes en el rollo, a los folios 39 y 80 del rollo), sin que exista causa justificada para no someterse a las pruebas —la alegación que formula de que, en una de las ocasiones, se hallaba en Santo Domingo, no sólo no es aplicable a las demás ocasiones, sino que tampoco lo ha acreditado en modo alguno (billetes de avión, facturas de hotel, etc.)—.

Las consecuencias de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de determinación de la paternidad ha sido valorada por constante y reiterada jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 28 de noviembre de 1995, 2 de julio de 1996, 28 de febrero de 1997, 11 y 28 de mayo y 26 de junio de 1999), de la que se destaca que la negativa a someterse a la prueba directa de determinación biológica de la paternidad «si no es equiparable a una "ficta confessio", dado que la Ley así no lo declara, constituye un indicio cualificado que, en unión de otros medios probatorios, debe concluir a declarar la existencia de la paternidad cuestionada, máxime si se tienen en cuenta los intereses constitucionales en juego...» (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1996). Esta negativa supone un relevante indicio que, en unión de otros elementos probatorios figurados llevan a la convicción de la paternidad del recurrente.

La interpretación y valoración de los principios constitucionales en juego quedó plasmada en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de mayo de 1995, en la que se declara que «ciertamente la inviolabilidad del cuerpo humano no permite que *manu militari* se extraiga sangre de una persona, como resultado del artículo 15 de la Constitución, pero debe tenerse en cuenta que de su actitud dependen derechos y situaciones tan importantes como conceder o denegar la cualidad de hijo extramatrimonial al hijo de la demandante, circunstancia que según la realidad social debiera imponer acceder a tal prueba, cuando la finalidad en este caso de la norma —artículo 127 del Código Civil— que permite las pruebas biológicas no es otra cosa que la defensa material como moral...» Con una argumentación más depurada, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión (múltiples sentencias reseñadas en la número 1994/7, de 17 de enero de 1994), se pronuncia el Tribunal Supremo a través de la Sentencia de fecha 24 de octubre de 1996, cuyo contenido resulta de especial trascendencia con el caso de autos, al dar respuesta directa a los alegatos del apelante. En esta sentencia se establece que «en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las partes implicadas, pero prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, al estar en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 de la Constitución, lo que transciende a los derechos alegados por el individuo afectado cuando está en juego, además, la certeza de un pronunciamiento judicial y sin que los derechos constitucionales a la intimidad e integridad física puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares... la resolución judicial que ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad e integridad, cuando reúne los requisitos delineados jurisprudencialmente al interpretar los artículos 18.1 y 15 de la Constitución, ya que: 1) no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por un profesional de la medicina en circunstancias adecuadas, pues un examen de sangre no constituye *per se* una injerencia prohibida, ni constituye, tampoco, una violación del pudor o recato de una persona, 2) el artículo 127 del Código Civil da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación de la filiación, precepto que no es más que la instrumentación del terminante mandato constitucional contenido en el artículo 39.2 y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes para con los hijos, para lo cual, aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad cuando es desconocida, 3) las pruebas biológicas sólo se justifican cuando la paternidad no puede evidenciarse a través de otros medios probatorios, y 4) no puede disponerse la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer un grave riesgo o quebranto para la salud de quien tenga obligación de soportarla (...) El demandado en un proceso de filiación matrimonial, sólo podría legítimamente negarse a las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud, pero una vez decidido por el Juez que es preciso realizarlo, el afectado está obligado a posibilitar su práctica; precisamente, donde la investigación biológica despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola, ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad (...) La ciencia biológica enseña que el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es

negativo para la paternidad, y cuando es positivo, se señalan grados de probabilidad del 99%. Las precedentes puntualizaciones permiten concluir que los límites que los constitucionales artículos 15 y 18.1 pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican, en modo alguno, la negativa de un demandado a someterse a la práctica de las pruebas decretadas por la autoridad judicial, pues su oposición sólo sería lícita, desde la óptica de tales derechos fundamentales, si se fundara en la inexistencia de razones que justificasen la decisión judicial...».

La injustificada incomparecencia del demandado apelante a la prueba pericial biológica cobra relevancia en la prioridad que la jurisprudencia concede a los derechos de los demandantes de la determinación de la filiación no matrimonial, cuando, como ha quedado expuesto, existe un consistente conjunto de pruebas en las presentes actuaciones que acreditan suficientemente la relación sentimental entre las partes, que conducen a la convicción indispensable para estimar la demanda en los términos como se hace en la Sentencia impugnada, a través de la vía probatoria, de los indicios obrantes en la *litis,* entre los cuales la negativa injustificada, reiterada en esta segunda instancia, constituye un indicio muy cualificado, sin olvidar el posible afán obstruccionista merecedor del calificativo de ejercicio antisocial del derecho (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1996).

Debe darse una respuesta positiva al motivo formulado por la parte actora-apelada al adherirse al recurso de apelación, sobre el exclusivo particular de las costas causadas. Ciertamente la actuación de la otra parte desde el momento en que no reconoció a su hija, a pesar de conocer el embarazo y el parto, han llevado a la demandante a seguir un proceso a lo largo de dos instancias, en las que el demandado no ha mostrado colaboración alguna en la práctica de la prueba. Además, la sentencia dictada en primera instancia estima sustancialmente los pedimentos de la demanda, en cuanto a la declaración de la filiación y a la fijación de apellidos y pensión alimenticia a favor de la menor Lara, por lo que, aplicándose en sus propios términos, el artículo 523.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge el principio objetivo del vencimiento, y teniendo en cuenta la desestimación íntegra del suplico del escrito de contestación a la demanda, tanto de las excepciones dilatorias como de las alegaciones formuladas de contrario en cuanto al fondo, conducen a la imposición de costas del demandado en primera instancia, así como en esta alzada, teniendo en cuenta la desestimación íntegra del recurso de apelación por las razones expuestas y la mala fe del recurrente que ha evidenciado en su nula colaboración «con la práctica de la prueba pericial biológica y en el sostenimiento de su recurso en motivos que, por consiguiente, han resultado insustanciales y meramente dilatorios del proceso, por lo que, aplicando a este supuesto lo dispuesto en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y modificando el fallo de la sentencia de primera instancia únicamente en el particular de las costas, procede igualmente la imposición de costas del recurso al apelante, por la desestimación íntegra del mismo».

XI. UNIONES DE HECHO

1. *Existencia de una comunidad de bienes entre los convivientes de hecho.*

AP PALENCIA, Sentencia de 15 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Santiago Martínez García.

De la prueba practicada en los autos se desprenden los siguientes hechos:

1. La demandante D.ª Marisol se halla separada judicialmente desde el año 1984 y de su matrimonio tiene un hijo que nació el día 28 de febrero de 1984. En los años 1991 ó 1992 la demandante inició una relación afectiva de hecho con el demandado D. Benito, relación que, como luego veremos, duró hasta el mes de agosto de 1995, y como consecuencia de esta relación afectiva decidieron vivir juntos, con el hijo de ella.

2. El único que durante ese tiempo tenía ingresos estables era el demandado D. Benito, si bien ella percibía también algunos ingresos, en todo caso de forma mucho más inestable y escasa que el primero.

3. Como consecuencia de esta unión de hecho, el día 23 de diciembre de 1992 compraron en Escritura Pública un piso y una carbonera (aunque en la escritura figura como precio cuatro millones de pesetas, ambas partes reconocen que el precio fue de 4.900.000 pts.); también se tuvieron que pagar impuestos por importe de 240.000 pesetas y 31.200 pts. La parte actora aportó en ese momento inicial la cantidad de 900.000 pesetas (hecho reconocido por las partes), y dicha parte actora reconoce que el demandado también aportó dinero, si bien suscribieron un préstamo hipotecario por importe de tres millones de pesetas, por lo que el demandado tuvo que aportar la diferencia, es decir, 1.271.200 pesetas (que se aproxima a la cantidad alegada por el demandado de 1.300.000 pesetas).

4. En la Escritura se indicó que compraban D.ª María del Sol y D. Benito para que les pertenecieran por iguales partes indivisas; en la misma escritura se suscribió por ambos compradores un préstamo hipotecario por importe de tres millones de pesetas, que provocó unas cuotas de 54.576 pesetas mensuales.

5. Las partes también compraron muebles para la casa, muebles que se detallan en el Hecho Segundo de la demanda (relación de muebles que el demandado no contradice), y aunque las facturas estén a nombre de la actora, no consta la procedencia del dinero con el que las facturas fueron pagadas.

6. La relación entre las partes se rompió en el año 1995, concretamente en el mes de agosto de 1995, que es cuando la demandante retiró la cantidad de 800.000 pesetas de la cuenta corriente núm. ... de la que era titular Don Benito y en la que estaba autorizada D.ª Marisol (ver folio 300 de los autos), hecho que provocó que el ahora demandado la denunciara en vía penal, dando lugar a las Diligencias Previas núm. 442/95 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cervera de Pisuerga, por lo que a partir de entonces sin duda cesó la relación que hasta ese momento había existido entre ambas personas.

7. Desde el mes de septiembre de 1995 hasta el mes de septiembre de 1997 (ambos inclusive, en total 25 mensualidades), pagó las cuotas del préstamo hipotecario exclusivamente D. Benito, y desde el mes de octubre de 1997 en adelante han venido pagando cada uno la mitad de la cuota. (Aunque la parte actora afirma haber pagado la mitad de la cuota desde comienzos del año 1997, la realidad es que aporta los justificantes solamente desde el mes de octubre de 1997 y ella era quien podía haber acreditado tal extremo).

8. Durante el tiempo en que pervivió la convivencia entre las dos personas que hoy son partes en este procedimiento (desde el año 1992 hasta el mes de agosto de 1995), ambas partes constituían su vida en común, que era la casa comprada a nombre de los dos, hasta el punto de que D.ª María del Sol estaba autorizada en una cuenta corriente cuyo titular era D. Benito, y efectivamente ella era la que habitualmente disponía del dinero para hacer frente a los gastos de la casa.

La doctrina jurisprudencial ya se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de considerar de imposible aplicación por analogía (art. 4.1 del Código Civil) a las uniones *more uxorio* de las normas jurídicas reguladoras de la unión matrimonial, ya que falta la semejanza o identidad de razón entre la unión de hecho y la unión matrimonial, desde el momento en que una y otra unión presentan notables diferencias.

Para resolver los conflictos que puedan derivarse de una convivencia extramatrimonial, tendrán que aplicarse las normas jurídicas generales que disciplinan esa concreta controversia, debiendo acudirse a los actos entre los convivientes, que patenticen su voluntad de constituir un condominio o una sociedad particular o universal, y estos pactos expresos o presuntos (como sería la aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común), deben inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer común todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho (ver Sentencias del TS de 23-7-98, 4-6-98, 27-5-98, 10-3-98, entre otras muchas).

Y en un caso como el presente nos hallamos ante una comunidad de bienes entre compañeros, que encuentra su regulación legal en los artículos 392 a 406 del Código Civil (y por remisión del 406, los artículos 1051 a 1081 del Código Civil relativo a la partición de las herencias), y en virtud de ella, al cesar la convivencia extramatrimonial, las respectivas cuotas que cada uno tenga sobre cada bien.

Las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad se presumirán iguales mientras no se pruebe lo contrario (art. 393, párrafo 2 del Código Civil). Debe constar de manera inequívoca la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos onerosamente durante la duración de la unión de hecho (ver Sentencias del TS de 23-7-98, 4-4-97, 18-3-95, entre otras).

En nuestro caso nos encontramos ante un caso claro de consentimiento tácito, deducido de hechos claros e inequívocos, de los que se deduce la voluntad de hacer comunes la vivienda, la carbonera y los muebles con los que se amueble la vivienda, pues no otra cosa puede deducirse del hecho de que se tratara de la vivienda y muebles adquiridos por ambos durante su relación, de que en la escritura de compraventa se hiciera constar que los inmuebles los adquirían para que les pertenezcan por iguales mitades indivisas, y de que D.ª Marisol estuviera autorizada a disponer en la cuenta corriente núm. ... del Banco «S.», de la que era titular D. Benito, cuenta con la que se efectuaban la mayoría de los pagos correspondientes a los gastos de la pareja, vinculados con el mantenimiento de la casa común.

Por lo tanto, las aportaciones que se efectuaron para la compra de tales bienes muebles e inmuebles ha de considerarse que lo

fueron por partes iguales, con las siguientes salvedades:

1. En la aportación inicial consta claramente que la actora D.ª Marisol aportó 900.000 pesetas, mientras que D. Benito aportó la cantidad de 1.271.200 pesetas, por lo que éste tiene un crédito frente a la comunidad por importe de 371.200 pesetas.
2. Una vez rota la unión de hecho en el mes de agosto de 1995, D. Benito pagó 25 cuotas del préstamo hipotecario (septiembre de 1995 a septiembre de 1997), por lo que igualmente tiene un crédito frente a la comunidad por importe de 1.364.400 pts.

Como consecuencia de lo indicado resulta procedente la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y también la estimación de la adhesión al recurso de apelación interpuesto por la parte actora (pues es evidente que en la Sentencia no se resolvía sobre la reconvención implícita formulada por el demandado), siendo procedente la estimación parcial, tanto de la demanda como de la reconvención.

La demanda ha de ser estimada parcialmente y declarar extinguida la comunidad de bienes formada por la actora y el demandado, comunidad de bienes que está referida única y exclusivamente al piso y a la carbonera, así como a los muebles detallados en el Hecho Segundo de la demanda, bienes que han de repartirse por iguales y mitades partes, si bien el demandado tiene a su favor un derecho de crédito frente a la comunidad por importe de 371.200 pesetas (por la diferencia de la aportación inicial a la compra de los inmuebles), y otro crédito frente a la comunidad por importe de 1.364.400 pesetas (por el pago en exclusiva de 25 cuotas del préstamo hipotecario una vez rota la unión de hecho).

2. *En los supuestos en los que no se acrediten pactos entre los miembros de la pareja para someter la situación patrimonial derivada de la vida en común a normas reguladoras de algún régimen económico, a cualquier tipo de comunidad de bienes o sociedades irregulares, puede ser de aplicación la indemnización por enriquecimiento injusto cuando concurran los requisitos exigidos para ello.*

AP GIRONA, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro.

La demandante como conviviente *more uxorio* con el demandado reclama, una vez cesada la relación extramatrimonial, la atribución del uso exclusivo de la vivienda que constituyó el domicilio de la pareja cuya titularidad corresponde a ambos por mitades indivisas, a la vez que solicita una pensión por desequilibrio económico a cargo de dicho conviviente, invocando para ello la aplicación analógica de los arts. 96 y 97 del Código Civil. La sentencia de primera instancia desestima tal petición y muestra su disconformidad la parte actora reiterando el criterio mantenido en primera instancia, y se remite a una jurisprudencia en apariencia novedosa pero que en realidad viene a man-

tenerse en la línea de pronunciamientos precedentes, ya que lo que viene a contemplar la sentencia citada del TS de 4 de junio de 1998 es un supuesto en que los convivientes de hecho habían establecido en parte de forma expresa y en parte verbalmente un sistema de regulación de sus relaciones patrimoniales, acordando someter al régimen de sociedad legal de gananciales el patrimonio adquirido por ambos con sus frutos y rentas.

La sentencia referida viene a decir que en un terreno tan delicado y complejo como el que se trata, las soluciones, en la medida de lo posible, deben adoptarse caso por caso, y admite el reconocimiento de una cantidad mensual en concepto de indemnización para la conviviente desfavorecida por el cese de la relación y sólo hasta la liquidación de la comunidad de bienes formada por los convivientes, en base a las relaciones concertadas entre las partes y como consecuencia de las mismas, pero sin desviarse, al menos de forma clara, de lo que constituye la línea jurisprudencial mantenida en el sentido de que las uniones *more uxorio* no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras.

El tema no es nuevo para este Tribunal, que en sentencia de 30 de octubre de 1997 ya analizó y se pronunció sobre la improcedencia de la aplicación analógica de los arts. 96 y 97 del Código Civil a los convinientes de hecho.

Al respecto ya se decía que no es posible el establecimiento de una pensión por desequilibrio en los supuestos de relaciones extramatrimoniales, en cuanto aquella es propia de los casos de ruptura conyugal (divorcio, separación, o incluso al amparo del art. 98 CC y bajo la forma de indemnización, en los de nulidad).

Destaca la sentencia de esta Sala la circunstancia de que la aplicación en virtud de la analogía de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio singularmente los de carácter económico, una vez finalizada la convivencia extramarital, ha dado lugar a respuestas jurisprudenciales distintas, si bien en los últimos años se va apreciando una uniformidad en la postura negativa del Tribunal Supremo, salvo que se demuestre la existencia de pactos expresos o tácitos en tal sentido de los integrantes de la pareja *more uxorio* basándose la postura del Alto Tribunal en la distinta naturaleza de una y otra unión, que en el presente caso constituye el motivo de denegación en que se apoya la sentencia apelada para rechazar lo peticionado, atribución del uso de la vivienda y pensión por desequilibrio, o lo que es lo mismo, compensatoria.

Por otra parte, teniendo en cuenta que los ingresos acreditados del demandado se reducen a una pensión mensual de jubilación de 91.000 pesetas, y que la demandante en fecha 22-5-1996, tres años después del cese de la relación, figuraba como titular registral de cinco inmuebles (fol. 255), no se entiende la alegación del supuesto desequilibrio, con independencia de la actual situación de los mismos y de que el demandado después de seis años de la ruptura convivencial haya adquirido un piso o apartamento como se alegó en la vista de apelación.

Así, el propio Tribunal Constitucional, tanto en sentencia de fecha 15 de noviembre de 1990, como en el Auto 156/1987, ha indicado que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes... El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento... Es cierto que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución) de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea

acreedora al mismo tratamiento... que el dispensado por el legislador a quienes... contraigan matrimonio».

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo al decir que «sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer... y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial (art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio, y al no serlo, no puede ser aplicada a aquella... la normativa reguladora de éste» (sentencias de 4 de abril de 1997, 30 de diciembre de 1994 y de 21 de octubre de 1992).

La inmensa mayoría de las veces que este Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre tales cuestiones, ha sido resolviendo, precisamente, la problemática de índole patrimonial que se plantea tras las ruptura de la convivencia extramatrimonial. En este sentido, de forma reiterada se ha excluido la automática aplicación de las normas rectoras de los regímenes económico-matrimoniales, singularmente los de comunidad y separación, a dichas relaciones, sin perjuicio de hacerlo en los casos en que los acuerdos expresos o tácitos de los convivientes tendieran a su sometimiento a los mismos o bien a las normas propias de la comunidad de bienes o los de las sociedades universales o particulares (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril y 4 de marzo de 1997, 16 y 30 de diciembre de 1996, 18 de marzo de 1995, 30 de diciembre, 24 de noviembre y 27 de mayo de 1994, entre otras), debiendo tenerse presente que en tal tipo de convivencia cabe perfectamente la posibilidad de que cada uno de los integrantes de la pareja haya querido mantener su plena independencia económica (sentencias ya citadas de 4 de abril de 1997, 27 de mayo de 1994, y la de 11 de diciembre de 1992).

Partiendo, por tanto, de la base que no son aplicables analógicamente los efectos propios de la nulidad, separación o divorcio cuando se extingue la convivencia extramatrimonial (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997, 30 de diciembre de 1994 y 11 de diciembre de 1992), en los casos que no se acredite la existencia de los aludidos pactos entre los miembros de la pareja para someter la situación patrimonial derivada de la vida en común a normas reguladoras de algún régimen económico-matrimonial, a cualquier tipo de comunidad de bienes (sea universal o particular) o a las de las sociedades irregulares, puede ser de aplicación la indemnización por enriquecimiento injusto, cuando concurran los requisitos para ello exigidos (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1994 y 11 de diciembre de 1992).

Todo lo expuesto lleva a rechazar el motivo de recurso invocado por la apelante, en cuanto que no es posible fijar una pensión compensatoria por desequilibrio de uno de los convivientes tras la ruptura de la relación extramatrimonial, el cual, en su caso, podría ser contemplado como uno de los elementos a valorar para determinar la existencia de ese eventual enriquecimiento carente de causa en uno de aquéllos; ocurre, no obstante, que en el caso que nos ocupa ni se ha peticionado indemnización alguna en base a éste, ni se ha debatido sobre su concurrencia o no, por lo que cualquier pronunciamiento de esta Sala que se fundara en él para otorgar una indemnización sería completamente sorpresivo y ajeno a la causa de pedir, por lo que incurriría en incongruencia *extra petitum.*

XII. TEMAS PENALES

1. *Las medidas cautelares de protección a la víctima no pueden acordarse sin concretarse el tiempo de vigencia y no pueden rebasar las previstas en el art. 544 bis de la LECrim.*

AP ALBACETE, Sec. 1.ª, Auto de 30 noviembre 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. José García Bleda.

Por el Ministerio Fiscal se interpone recurso de apelación contra el auto de fecha 20 de octubre de 1999 que ratificaba otro de fecha 5 de octubre de 1999 dictado por la Ilma. Magistrado-juez de Instrucción núm. 5 de Albacete en virtud del cual adoptaba determinadas medidas al amparo de lo prevenido en el art. 544 bis LECrim. (Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En esencia se alega por el Ministerio Público que las medidas adoptadas ni resultan estrictamente necesarias a fin de protección de la víctima a tenor de los hechos denunciados ni tampoco se justifica su premura y mucho menos haberse adoptado sin traslado al Ministerio Fiscal ni oírse al denunciado en sede judicial con independencia de que además de no concretarse el tiempo de vigencia, alguna de las adoptadas, en concreto, la de prohibición de entrada a cualquier lugar público en el que se encuentre la denunciante, carece de cobertura legal.

Si bien la juez de Instrucción al tiempo de resolver el recurso de reforma interpuesto contra el auto 5 de octubre de 1999 por medio del auto de fecha 20 de octubre de 1999 en cierto modo, al haber sido ya oído el denunciado en sede judicial en fecha 13 de octubre de 1999, podría entender en virtud del principio de conservación de actos procesales, cumplido el requisito de audiencia y conferido el traslado al Ministerio Fiscal al haber manifestado previamente este órgano las razones de disconformidad por medio del recurso, es obvio que al tiempo de dictarse el auto de fecha 5 de octubre de 1999 se omitieran ambos requisitos que resultan esenciales en orden a salvaguardar las garantías del derecho de defensa y principio de legalidad del que el Ministerio Fiscal es garante. Expuesto lo anterior, ciertamente la apreciación de la urgencia de las medidas necesarias en orden a la protección de la víctima corresponde al juez instructor quien en función de las circunstancias concretas que concurran en cada caso las determinará pero respetando siempre el principio de legalidad y los límites en cuanto a su duración que se establecen en la propia Ley. En el supuesto de autos si aparentemente los hechos denunciados no han de revestir otra calificación, aisladamente cada una de las infracciones, que la de faltas bien del art. 617 o del art. 620 CP (Código Penal) las medidas cautelares o prohibiciones no cabe que se establezcan por período de tiempo que pueda rebasar los límites que el art. 57 CP establece, siendo, de otra parte, obvio que no cabe adoptar cautelarmente otras que las estrictamente previstas en el mentado artículo en relación con lo dispuesto en el art. 544 bis LECrim., de aquí que no parece proporcional a la entidad de los hechos a que se contraen las presentes diligencias que se

adopte otra medida que no sea la concreta medida cautelar o prohibición prevista en el ap. a) art. 57 CP de aproximación a su esposa durante el tiempo que se estime oportuno sin exceder 6 meses si antes no se adoptara en sentencia tal medida cautelar u otra como definitiva en la extensión que pudiera corresponder.

2. *La naturaleza objetiva del delito recogido en el art. 227 CP 1995 no puede llegar a excluir por completo la necesidad de la concurrencia del elemento subjetivo del injusto que configura la infracción penal, esto es, la voluntad consciente y deliberada de incumplir la obligación judicialmente acordada. En el supuesto de autos se acredita una imposibilidad de cumplimiento derivada de las circunstancias económicas del recurrente.*

AP MÁLAGA, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de enero de 2000. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Godino Izquierdo.

Un detenido examen de las actuaciones conduce a la Sala a la estimación del recurso de apelación estudiado y a la revocación de la sentencia de instancia, pues aunque el art. 487 bis del Código Penal, regulador del delito de abandono de familia por impago de pensiones, introducido en dicho Cuerpo Legal por LO 3/1989 de 21 de junio, hoy día contenido en el art. 227 del vigente Código Penal de 1995, tiene una indudable naturaleza objetiva, no puede, sin embargo, admitirse que esa naturaleza llegue a excluir por completo la necesidad de concurrencia del elemento subjetivo del injusto que configura la infracción penal, esto es, la voluntad consciente, voluntaria y deliberada de incumplir el pago de pensiones convencional o judicialmente acordadas, de suerte que no puede apreciarse la infracción cuando el acusado se encuentra en una acreditada situación de absoluta penuria económica, determinante del incumplimiento, con independencia de la voluntad del mismo. Y esto es lo que ocurre en el supuesto de autos, en que consta documentalmente acreditada la insolvencia del acusado, mediante certificados expedidos: a) por el INEM (folio 17) el recurrente «causó baja como beneficiario de una prestación por desempleo el 22-8-95, situación en la que permanece desde dicha fecha», es decir, no percibe prestación alguna. b) Por certificación de la Agencia Tributaria acreditativa de que el recurrente «no presentó declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente al ejercicio 96». c) Certificación del Hospital C. acreditando que el recurrente ingresó en el mismo el 10-12-97 (es decir, nada más acordarse las medidas provisionales) para realizarse una «artroscopia de rodilla por rotura de la misma» aconsejando reposo con el miembro elevado y rehabilitación, teniendo que andar durante bastante tiempo con muletas. d) Certificación del Ayuntamiento de Fuengirola acreditativo de que el recurrente «no se encuentra registrado como adjudicatario de plaza en el mercadillo de dicha localidad», en contra de lo que había asegurado su ex-esposa.

Si unimos a lo anterior, el hecho de que el acusado reconvino la demanda de separa-

ción presentada de contrario, por considerarla claramente perjudicial, impugnando la pensión de 40.000 ptas. fijada, y recurriendo en apelación la sentencia dictada. Que el mismo está viviendo en casa de sus padres, a quien ocasionalmente ha ayudado en el puesto que aquel sí tiene en el mercadillo. Y que desde noviembre de 1998, ya rehabilitado de la operación, ha efectuado algunos ingresos de 15.000 ptas. a su esposa, no puede afirmarse, de todo ello, que el acusado venga incumpliendo «voluntariamente» la prestación a que viene obligado, sino que existe un margen de duda más que racional para pensar que el mismo no ha podido cumplir con la misma por su situación de penuria económica, por todo ello, previa estimación del recurso examinado, procede la revocación de la sentencia de instancia y la absolución del acusado en base al tradicional principio jurídico *in dubio pro reo.*

Resoluciones de la D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. MATRIMONIO

1.1. *No autorización del matrimonio cuando uno de los solicitantes sufre un deterioro cognoscitivo grave que le impide prestar el consentimiento matrimonial aun cuando haya quedado acreditado que llevan conviviendo maritalmente 21 años y que han tenido cuatro hijos.*

RESOLUCIÓN de 18 de octubre de 1999.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Adolfo y D.ª Antonia solicitaron autorización para contraer matrimonio civil. Adjuntaban al escrito: certificaciones literales de nacimiento, declaraciones juradas de estado civil y certificado de empadronamiento de ambos.
- Ratificados los promotores y practicada la prueba testifical, se realizó la audiencia reservada y por separado a cada uno de los futuros contrayentes; el Juez Encargado informó que oídos los mismos de conformidad con lo dispuesto en el art. 246 RRC y del interrogatorio y conversación efectuada a cada uno de ellos, no parece que concurran obstáculos legales para la celebración del matrimonio solicitado.
- Por comparecencia, el 24 de mayo de 1999, los interesados, aportando informe médico de D. Adolfo, solicitaron se les casase con la máxima celeridad. A la vista de lo manifestado se acordó que D. Adolfo fuera examinado por el Médico Forense; éste, una vez realizado el examen, informó que al

existir un deterioro cognoscitivo grave, el consentimiento que pueda prestar el explorado se encuentra alterado, por lo tanto no apto para prestarlo. El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado ya que no se cumplen los requisitos previstos en el Código Civil en relación con el consentimiento. El Juez Encargado dictó auto con fecha 3 de junio de 1999, denegando la autorización solicitada argumentando que el art. 45 del Código Civil especifica terminantemente que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. De lo actuado en autos, resulta, según lo expresamente manifestado por el Médico Forense, que don Adolfo sufre un deterioro cognoscitivo grave, no encontrándose apto para prestar el consentimiento matrimonial. Por lo que procede denegar la aprobación del referido matrimonio, por falta de consentimiento y capacidad para consentir de uno de los contrayentes.

- D.ª Antonia recurrió ante la DGRN alegando que según resoluciones de la DGRN el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona y en el presente caso ha sido coartado por el informe del forense por lo que debería haber sido reconocido por otro médico para contrastar opiniones; añade que los interesados llevan conviviendo maritalmente 21 años y que han tenido cuatro hijos lo que es prueba más que suficiente de que D. Adolfo desea contraer matrimonio.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se plantea en este recurso el problema de determinar si uno de los contrayentes que pretenden contraer matrimonio civil tiene, en el momento actual, la aptitud necesaria para prestar el consentimiento matrimonial, pues éste es un requisito imprescindible del matrimonio (cfr. art. 45 CC), cuya falta provoca la nulidad del enlace (cfr. art. 73.1.º CC).

Pese a la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 CC), esta presunción está sujeta a excepciones en las que debe comprobarse la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado. Así sucede con el matrimonio porque el artículo 56 del Código Civil, después de señalar que en el expediente previo al matrimonio en forma civil debe acreditarse por los contrayentes que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código, añade en su segundo párrafo que «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

Pues bien, si ese dictamen del Médico Forense (Cuerpo en que se han integrado los Médicos del Registro Civil, cfr. art. 245 RRC; la ley Orgánica 7/1992, de 20 de noviembre, y el Real Decreto 181/1993, de 9 de febrero) es tajante al afirmar que el interesado sufre un deterioro cognoscitivo grave que afecta a su capacidad de comprensión, elección y utilización de conceptos abstractos, de suerte que no es apto para prestar el consentimiento, y esta apreciación es compartida por el Ministerio Fiscal y el Juez Encargado, es evidente que ha de desestimarse el recurso interpuesto por la interesada, la cual no deja de reconocer en el escrito del recurso que el contrayente se encuentra gravemente enfermo, debido a una patología neurodegenerativa en su sistema nervioso.

2. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

2.1. *Aun cuando uno de los cónyuges era el propietario del solar antes de contraer matrimonio en régimen de separación de bienes, no existe ningún obstáculo para que la vivienda construida con posterioridad sobre el mismo y pagada por ambos cónyuges (4.500.000 pts. el dueño del solar y 12.500.000 pts. el otro) pase a pertenecer en su totalidad (suelo y obra nueva) en proindiviso a ambos cónyuges.*

RESOLUCIÓN de 26 de mayo de 1999.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 20 de julio de 1995, mediante escritura pública, los esposos D. José y D.ª Dolores, casados en régimen de separación de bienes, procedieron a la declaración de una obra nueva realizada sobre un solar propiedad del marido que lo había adquirido de soltero. En el exponendo II de la escritura consta: «Que sobre la finca anteriormente descrita los esposos citados han construido en la proporción que se dirá, la obra, que con el solar en que sitúa, se describe así: (...) Han invertido en su construcción la suma de 17.000.000 de pesetas, de los que D. José ha aportado 4.500.000 pesetas y D.ª Dolores 12.500.000 pesetas. Vale la obra con inclusión del solar 25.000.000 de pesetas, que en virtud de las aportaciones dichas corresponde a ambos esposos por mitades indivisas, constituyendo una comunidad de bienes entre ambos cónyuges, sobre el solar y la casa de la que son los dos titulares por mitad indivisa».
- Presentada primera copia de la anterior escritura se denegó la inscripción por el defecto insubsanable de que la inversión económica de D.ª Dolores en la obra realizada sobre el solar propiedad de su esposo D. José carece de virtualidad jurídica para provocar el desplazamiento patrimonial a favor de la misma (artículo 1359 del Código Civil).
- El Notario recurrió ante el Presidente del TSJ de Andalucía quien estimó el recurso y revocó la nota del Registrador.
- El Registrador de la Propiedad interpuso recurso ante la DGRN siendo desestimado.

RECURSO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DE ANDALUCÍA

1. Alegaciones del Notario recurrente.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó:

I. Que hay que señalar que la esposa no se ha limitado a realizar una simple inversión económica en la obra nueva sobre el solar de su esposo, ha hecho algo más: A. De lo que resulta de los propios términos de la escritura y que ha quedado expuesto en el Hecho I, parece claro que la esposa ha aportado 12.500.000 pesetas, y juntamente con su marido que también ha aportado 4.500.000 pesetas, además del solar valorado en 8.000.000 pesetas, han constituido una comunidad de bienes sobre la totalidad de lo aportado, solar y obra realizada con la inversión dineraria, y se han atribuido la totalidad del bien, resultante de la construcción (solar y casa), a ambos por mitad indivisa, mediante la fijación de cuotas, cumpliendo además el principio de especialidad, aunque tampoco esto fuere necesario por la presunción legal del artículo 393 del Código Civil. B. Pero es que, además, los términos empleados en la escritura conducen al espíritu de que los cónyuges quisieron que la casa fuere de los dos, esto es, hacerla común. Que la escritura no dice sólo que la esposa invierte dinero, dice, además, que el marido aporta el solar y también hace una inversión económica mediante la correspondiente aportación dineraria, y que ambos cónyuges, en virtud de sus respectivas aportaciones, constituyen una comunidad de bienes sobre el solar y la casa de la que son titulares ambos proindiviso. Que el recurso, por tanto, debe resolver la cuestión de si un matrimonio casado bajo el régimen de separación de bienes puede constituir entre sí una comunidad ordinaria, de tipo romano, que es la aceptada en derecho español y si esa comunidad tiene la virtualidad de producir el efecto querido por los cónyuges de hacer común el solar y la casa.

II. Que centrado el debate en dichos términos, no se ve obstáculo jurídico alguno para que se produzca el efecto apetecido por los cónyuges. A. No parece existir obstáculo en la calificación, porque se cita como único argumento legal el artículo 1359 del Código Civil, que no contradice el fin querido por los cónyuges, y esto por los siguientes razonamientos: a) Sistemático. Que no parece muy convincente citar como argumento único de la calificación un artículo que está pensado para la sociedad de gananciales y no para el régimen de separación que es el que rige en el matrimonio de los cónyuges. b) Histórico. Que en realidad lo que ha hecho el artículo 1359 es derogar el principio de accesión invertida del antiguo 1404 del Código Civil, antes de la reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo; c) Lógico. Que por tanto, la interpretación del artículo 1359 del Código Civil no puede ser otra que lo que literalmente dice, lo cual es, según el criterio genérico de los artículos 1346 y 1347, en la determinación de los bienes privativos y gananciales. Que mal cabe hablar de bienes de esta naturaleza en un sistema económico como el del recurso. d) Carácter dispositivo del artículo 1259. Que la naturaleza de dicho precepto es de *ius dispositivum*. Que esto es el criterio de las Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989, entre otras. B. Que es viable que los cónyuges casados en régimen de separación de bienes, puedan celebrar un contrato de comunidad, sobre todos o alguno de ellos, y que este contrato tenga la virtualidad de hacer común a ambos los bienes que aporten o comuniquen, en la proporción que digan y en su defecto por mitad: a) Desde el punto de vista legal abonan tal posibilidad los artículos 392, 609, 1254, 1255, 1258, 1274, 1277, 1281, 1323, 1665 del Código Civil, 45 del Reglamento Hipotecario, Ley 370 de la Compilación Navarra y en multitud de preceptos de la legislación fiscal relativos a la constitución convencional de comunidades y el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre

Transmisiones Patrimoniales, de 24 de septiembre de 1992 (artículo 22, número 4) y el artículo 55 del Reglamento de 29 de mayo de 1995. b) Que también parece admitida dicha posibilidad desde el punto de vista doctrinal; c) Que también el Tribunal Supremo acepta la posibilidad de la constitución convencional de comunidad de bienes: Sentencias de 7 y 13 de octubre de 1927, 27 de enero de 1933, 15 de octubre de 1940, 16 de abril de 1942, 27 de octubre de 1987 y 5 de junio de 1989. Que se admite esta posibilidad en las Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989. Que, en conclusión, el efecto apetecido por los esposos es que la casa sea de los dos, lo cual se logra perfectamente a través del contrato de comunicación de bienes, que tiene carácter causal y de atribución patrimonial, que tiene como causa la puesta en común de los bienes, formándose una cotitularidad que corresponde a todos los comuneros en la proporción o cuota que se fije y esta cuota es la que mejor puede responder al *cur debitur* negocial; y este es el criterio de la Resolución de 16 de mayo de 1979. Que se considera que la calificación de insubsanable del defecto es la más adecuada.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que la calificación negativa se basa en las siguientes consideraciones: A. Accesión. Que en esta materia es fundamental el principio *superficie solo cedit,* recogido en el artículo 358 del Código Civil, que queda fuera del ámbito de la autonomía de voluntad, pues lo contrario equivaldría a una verdadera accesión invertida, cuyo supuesto más próximo estaría constituido por el artículo 1559 del Código Civil, que hoy, después de la última modificación del citado artículo, queda eliminada toda posibilidad de dicha figura sin que la voluntad de las partes pueda alterar el estatuto de la propiedad que pertenece al campo del derecho necesario. Que, además, no cabe desconocer que el acceso al Registro de toda obra nueva tiene lugar como la simple constatación de un hecho con independencia de los contratos que lo hayan originado, por lo que la constatación registral sólo podía realizarse por el titular del solar, por lo que si el contrato subyacente traslativo de dominio no figura inscrito o no es inscribible, el principio de tracto sucesivo impide que aparezca como titular de la obra nueva personas distintas de los titulares registrales del solar. B. Comunidad. Que la comunidad viene definida en el artículo 392 del Código Civil, pero no existe ningún precepto que regule la constitución de la comunidad, lo cual pone de relieve que no se puede hablar de contrato de comunidad. Que el documento calificado se limita a atribuir la propiedad de la obra nueva realizada a ambos esposos, sin aludir a negocio causal alguno. Que el recurrente pretende justificar el desplazamiento patrimonial en base al llamado negocio de comunicación de bienes. Que respecto al citado negocio ha sido utilizado por la Dirección General como recurso *in extremis* para justificar determinados desplazamientos patrimoniales y concretamente respecto del movimiento de los gananciales; pero sería de difícil aplicación al supuesto de hecho objeto de este recurso por cuanto el *prius* lógico jurídico exigiría la puesta en común previa (por título oneroso o lucrativo) del solar de tal manera que la copropiedad de la obra nueva resultaría de la fuerza expansiva del dominio compartido (accesión) y no de la aportación recíproca del otro cónyuge. Que esta existencia de lógica jurídica ha pasado desapercibida para el Notario autorizante de la escritura, por cuanto en la misma declara constituida una comunidad de bienes sobre el solar y la casa, situación anómala, porque tal comunidad no puede constituirse sobre la casa que sigue el régimen jurídico del suelo sobre el que resulta construida de acuerdo con el general de la accesión. Que admitiendo que el vehículo jurídico elegido por las partes para la obtención del resultado final fuera el negocio jurídico de comunicación de bienes, habría que con-

cluir que parece muy difuminado según redacción literal de la cláusula motivo de este recurso sin que conste, entre otros extremos, la exacta especificación de la causa, como exige la Dirección General. Que a efectos registrales es obligada la expresión de la naturaleza del título, así se establece en las Resoluciones de 26 de octubre de 1992 y 11 de junio de 1993. Que, en resumen, si la aportación en suelo ajeno no supone cambio de titularidad de lo construido y si el contrato de comunidad por sí solo no puede ser causa de la adquisición de la copropiedad, hay que concluir afirmando que el negocio comprendido en el documento calificado o su expresión notarial, carece de virtualidad jurídica para provocar el desplazamiento patrimonial a favor de la esposa del dueño del solar, como expresa la nota de calificación recurrida. Que se mantiene el carácter insubsanable del defecto alegado por el Registrador que suscribe.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Andalucía.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía revocó la nota del Registrador fundándose en que la accesión no es obstáculo para el acceso al Registro de la escritura presentada y en que se está ante la creación de una comunidad de bienes y en nuestro derecho no existe obstáculo alguno para la puesta en común de un bien o de su conjunto de bienes, sin que ello responda necesariamente a una común adquisición negocial, pues así se deriva del principio de libertad de pactos, junto de la autonomía de la voluntad que recoge el artículo 1255 del Código Civil y en particular el artículo 392, párrafo segundo de ese texto legal que refrenda esa posibilidad; que podría también decirse que la causa jurídica constitutiva sería el contrato de obra, en que ambos cónyuges realizan la aportación necesaria para la edificación en cuestión.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Registrador recurrente.

El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones contenidas en su informe.

2. Doctrina de la DGRN.

Se presenta en el Registro escritura pública por la que dos cónyuges casados en régimen de separación de bienes hacen constar que, sobre el solar propiedad del marido valorado en 8.000.000 de pesetas, han construido una vivienda y, que, habiendo aportado para la construcción el marido 4.500.000 pesetas y la esposa 12.500.000, siendo el total valor de la finca después de la construcción de 25.000.000 de pesetas, constituyen una comunidad de bienes entre ambos cónyuges, y que, al ser las aportaciones de ambos iguales, corresponde sobre la total finca resultante —suelo y vuelo—, la mitad a cada uno de ellos, solicitando, en consecuencia, se inscriba dicha finca total en proindiviso a favor de los dos, perteneciendo a cada uno de ellos la mitad.

Sostiene el Registrador que la mera declaración de obra nueva carece de virtualidad jurídica para producir una transmisión patrimonial, pero, en el presente supuesto no ocurre así, pues, si bien, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo, en nuestro Derecho toda transferencia patrimonial debe tener causa, y la misma, a efectos registrales no puede presumirse, no lo es menos que, en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso, que aunque no esté expresamente nombrado, podría tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido.

2.2. *Habiendo suscrito ambos cónyuges un contrato de compraventa con una inmobiliaria antes del divorcio, aun cuando se hubiese adjudicado la esposa la totalidad del inmueble en la liquidación de la sociedad de gananciales, para la inscripción del inmueble a nombre exclusivo de la esposa, es necesaria la previa venta de la finca por el titular registral a favor de ambos esposos, ya que existen dos negocios traslativos sucesivos absolutamente independientes entre sí: transmisión, por el primero, del bien del titular registral al patrimonio ganancial de los cónyuges compradores y posterior desplazamiento, por el segundo, del patrimonio común al patrimonio privativo de la esposa divorciada. Posibilidad de realizarlos en una única escritura pública, sin que sea necesario el consentimiento del esposo.*

RESOLUCIÓN de 2 de junio de 1999.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 8 de mayo de 1984, D.ª María de los Remedios y su entonces esposo D. Juan de Dios suscribieron compromiso de compra con Inmobiliaria U. de una finca urbana.
- El día 11 de diciembre de 1987 se decretó la separación de dichos cónyuges, aprobándose el convenio regulador que establece en la estipulación segunda: «Respecto al apartado B) del citado artículo 90 del mismo Cuerpo Legal, es necesario regular un solo aspecto, puesto que el único bien que existe ganancial es un piso comprado, del que en la actualidad se están pagando una serie de letras e hipoteca. Dicho piso cede en propiedad el esposo a la esposa, la que se hará cargo del pago del resto hasta su finiquito total. Escriturando en su día a su exclusivo nombre y la separación de bienes que se reputa definitiva». Con fecha de 20 de julio de 1984, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alcalá de Henares dictó Sentencia de divorcio, aprobándose el convenio regulador en el que se establecen las siguientes estipulaciones: «Tercera. Vivienda conyugal. Nada que decir, ya que en su día y conjuntamente a la demanda de separación se hizo la cesión del esposo a la esposa, la que atendería a todos los gastos que ocasionase la vivienda, que era conyugal. Cuarta. Bienes gananciales. No hace falta mencionar dicho apartado, ya que como hemos dicho anteriormente no existen por haberlos repartido en su día».
- El 25 de enero de 1995, mediante escritura pública, después de exponerse los anteriores hechos, la Inmobiliaria U. formaliza la venta de la plena

propiedad de la vivienda anteriormente citada a favor de D.ª María de los Remedios, que la compra y adquiere con carácter privativo en cumplimiento del convenio regulador de su divorcio (que se acompaña), dando carta de pago de las cantidades que quedaron pendientes.

- Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad se suspendió la inscripción por concurrir: 1. Se trata de una elevación a público de documento privado en la que falta el consentimiento de uno de los cónyuges adquirentes, artículo 1279 en relación con los 1259 y 1261 y concordantes del Código Civil. 2. El contenido de la estipulación primera («La sociedad inmobiliaria U., formaliza la venta de la finca, registral número ... a favor de D.ª María de los Remedios, que la compra y adquiere con carácter privativo, en cumplimiento del convenio regulador de su divorcio...»), no sólo es contradictorio con la exposición de la escritura en la que reconoce una adquisición ganancial, sino que: a) No se atiene a los diversos títulos de atribución patrimonial —compraventa y adjudicación— de los que no cabe realizar una especie de «tracto abreviado» como parece intentarse en la escritura que inscribo. b) No se atiene a los efectos *ex nunc*, de las adjudicaciones en pago de gananciales, de suerte que el ex marido de D.ª María ha sido cotitular ganancial de la finca desde la consumación de la venta —que debo presumir fue la fecha del contrato privado, ya que no figura testimoniado en la copia que calificó— hasta la disolución y posterior liquidación de la sociedad de gananciales. Protección al consumidor: Para obtener la inscripción de la escritura calificada deberá prestar su consentimiento a ella D. Juan de Dios, y deberán rectificarse los títulos de atribución patrimonial, conforme al anterior número 2.
- D.ª María de los Remedios interpuso recurso gubernativo ante el Presidente del TSJ de Madrid que fue estimado.
- El Registrador de la Propiedad interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DE MADRID

1. Alegaciones de la recurrente.

Que, efectivamente, el documento privado fue suscrito a finales de 1984 por la recurrente y el que entonces era su marido, pero los mismos cesan en su convivencia muy poco tiempo después, siendo hechos todos los pagos de la vivienda por la esposa. Que, posteriormente, se separaron legalmente y más tarde se divorciaron, habiéndose presentado los preceptivos convenios reguladores. Que lo cierto es que en esos convenios lo que se está haciendo es liquidar la sociedad de gananciales, como era la voluntad de las partes, que se ratifica en el segundo convenio, y por tanto, el consentimiento del ex marido está más que acreditado. Que hay que entender que la sociedad de gananciales

está disuelta y liquidada desde 1987 y adjudicada la vivienda a la esposa, que es la propietaria y la que ha pagado, ya que se termina de pagar en julio de 1994. Que se desconoce el paradero del ex esposo. Que los artículos a que se refiere el señor Registrador no son aplicables a este caso.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador, en defensa de su nota, informó: Que existen dos obstáculos que impiden el acceso al Registro del documento calificado: 1.º La falta de consentimiento del ex marido. Que se considera que la escritura de elevación a público de documento privado deben otorgarla los mismos que prestaron su consentimiento al contrato que se vehiculiza para acceder al Registro. Que si al otorgamiento de la escritura no concurren las mismas partes y en los mismos conceptos en que prestaron su consentimiento en el contrato no cabe hablar de mejora de rango documental, sin perjuicio de que la ausencia de alguno de los firmantes no sea necesariamente determinante de nulidad de lo pactado. Que así lo entienden los autores. Que si no se exigiera la identidad de firmantes en el documento privado y en la escritura, se incurriría en la apreciación de «un posible consentimiento tácito o presunto», deducido de otras situaciones. Que como puso de relieve la Resolución de 30 de junio de 1992 (RJ 1992/5953), la existencia de un posible consentimiento tácito es algo que escapa a la calificación del Registrador. Que, en definitiva, el hecho de que, según manifiesta la recurrente, el marido haya firmado un convenio en el que se cede la vivienda habitual, no autoriza al Registrador para apreciar «consentimientos tácitos» o presuntos, y en cambio, al no aparecer el consentimiento del ex marido expresado en forma pública y solemne que exige el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, la Dirección General confirma que debe abstenerse de practicar la inscripción. Que en este mismo sentido se expresa el Auto de 2 de abril de 1992, del Excelentísimo Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y la Resolución de 28 de diciembre de 1995. 2.º Los títulos de atribución patrimonial. Que en la escritura calificada se recogen dos negocios jurídicos (compraventa y adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales), que en el otorgamiento se refunden en uno sólo. Que en nuestro sistema jurídico de transmisión causal, consagrado en el artículo 609 del Código Civil, que tiene su reflejo inmobiliario registral en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es del todo imposible la refundición de los títulos de atribución patrimonial que se puede denominar «tracto abreviado de títulos materiales». Que la finca en cuestión, desde 1984 a 1989, ha sido ganancial, y así debe reflejarse en el Registro de la Propiedad. Después cambia la naturaleza de la finca, que pasa a ser privativa de la recurrente y el Registro de la Propiedad debe reflejar este segundo título de atribución patrimonial, adjudicación en pago, distinto del primero de compraventa. Que en este punto se cita la doctrina contenida en las Resoluciones de 7 y de 26 de octubre de 1992, «que impide la refundición de títulos de atribución patrimonial». Que el que todos los pagos de la vivienda han sido hechos por la esposa, aparte de ser ajeno a la nota de calificación, en nada alteraría sus fundamentos jurídicos, sin perjuicio del derecho crediticio a favor de la ex esposa consistente en el reembolso de valor (artículos 1356 y 1358 del Código Civil). Que la cesión que se alega se hace en el segundo convenio regulador, sin decir si fue remunerada o a título gratuito, deberá inscribirse después de la compraventa y es necesaria la expresión de la causa de atribución patrimonial. Que el consentimiento del marido debe expresarse en la forma pública y solemne que exige la Ley Hipotecaria (artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento). El Registrador no puede apreciar si está «más que suficiente acreditado». Que los artículos del Código Civil a que se

refiere el Registrador (1279 en relación con los 1259 y 1261 y concordantes) se refieren a la elevación a público de documento privado.

3. Informe del Notario autorizante.

El Notario autorizante de la escritura informó: 1. El documento calificado no eleva a escritura pública un documento privado anterior de compraventa, pues en ningún lugar de la escritura se menciona documento privado alguno de compraventa. Que conforme a los artículos 609 y 1278 y siguientes del Código Civil, es perfectamente posible una escritura pública en la que se formalice una compraventa convenida privadamente entre vendedor y comprador, sin necesidad de que este convenio conste en documento privado. Que la escritura calificada formaliza una venta convenida en forma privada entre las partes vendedora y compradora. 2. Que el documento calificado formaliza una compraventa inmobiliaria concertada y consumada entre Inmobiliaria U., entidad vendedora, y D.ª María de los Remedios, compradora. 3. Que dada la fórmula documental adoptada no era preciso el concurso del ex esposo, pues los hechos que han precedido a la escritura otorgada el 25 de enero de 1955 y que se narran en su parte expositiva, no pueden elevarse a categoría contractual, pues el único contrato celebrado y que debe acceder al Registro de la Propiedad es la venta que Inmobiliaria U., hace a D.ª María de los Remedios. Que la mención de dichos hechos acreditan el estricto cumplimiento de lo acordado en los convenios de regulación de separación judicial y divorcio, y justifican que la finca adquirida por doña María de los Remedios lo es con carácter privativo, dentro del régimen económico del matrimonio que forma con su actual esposo. 4. Que el título de adquisición y de atribución patrimonial por parte de doña María de los Remedios es único (compraventa). Que la asignación de la vivienda a la esposa que en el convenio de separación conciertan ambos cónyuges, propiamente y desde un punto de vista jurídico, en este caso concreto no comporta liquidación de la sociedad conyugal y adjudicación de un bien ingresado en el activo ganancial, pues más bien se trata de un negocio jurídico de fijación, de reconocimiento del carácter privativo de la adquisición de D.ª María Remedios. Que la situación que refleja la escritura es similar a la que se da en las escrituras públicas autorizadas como consecuencia de procedimientos judiciales de ejecución (remates en calidad de ceder).

4. Resolución del Presidente del TSJ de Madrid.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la nota del Registrador, fundándose en que las prestaciones que contiene la escritura son las que se ajustan al convenio regulador en cuanto al carácter del bien (cedido por el marido a la esposa) y su adquisición como privativo, y que el convenio regulador satisface cumplidamente las exigencias del tracto, la disolución de la sociedad de gananciales y la adjudicación de la esposa. En este sentido hay que recordar las Resoluciones de 25 de febrero y 9 de marzo de 1988.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que en el auto se considera la escritura recurrida como una compraventa y nada se dice sobre los efectos *ex tunc* o *ex nunc* del negocio celebrado. Que se cita la Resolución de 30 de junio de 1992.

2. Doctrina de la DGRN.

Son hechos a tener en cuenta en el presente recurso: a) El día 8 de mayo de 1984, el titular registral concertó con doña María Remedios y su entonces esposo la venta de la finca, que constituyó la vivienda familiar de éstos; en dicho contrato quedaron fijados la cosa y el precio a satisfacer. b) El día 11 de diciembre de 1987 se decretó la separación de dichos cónyuges, aprobándose el convenio regulador. c) El día 20 de julio de 1989 se dicta sentencia de divorcio, aprobándose el convenio regulador, en el que se dice: «Vivienda conyugal, nada que decir, ya que en su día y conjuntamente a la demanda de separación se hizo la cesión del esposo a la esposa, la que atendería a todos los gastos que ocasione la vivienda, que era conyugal». d) En escritura de 25 de enero de 1995, comparecen el titular registral y doña M.R. a la que se acompaña el convenio regulador del divorcio, en la que, después de expresarse los anteriores hechos, la sociedad titular registral «formaliza la venta de la plena propiedad» de la vivienda expresada, «a favor de doña M.R., que la compra y adquiere con carácter privativo, en cumplimiento del convenio regulador de su divorcio», dando carta de pago de las cantidades que quedaron pendientes. e) El Registrador suspende la inscripción «por concurrir los siguientes defectos: 1. Se trata de una elevación a público de documento privado en la que falta el consentimiento de uno de los cónyuges adquirentes, artículo 1279 en relación con los 1259 y 1261 y concordantes del Código Civil. 2. El contenido de la estipulación primera ("La sociedad Inmobiliaria U., formaliza la venta de la finca, registral número ..., a favor de doña María de los Remedios, que la compra y adquiere con carácter privativo, en cumplimiento del convenio regulador de su divorcio..."), no sólo es contradictorio con la exposición de la escritura en la que se reconoce una adquisición ganancial, sino que: a) No se atiene a los diversos títulos de atribución patrimonial —compraventa y adjudicación— de los que no cabe realizar una especie de "tracto abreviado" como parece intentarse en la escritura que inscribo. b) No se atiene a los efectos *ex nunc* de las adjudicaciones en pago de gananciales, de suerte que el ex marido de D.ª María ha sido cotitular ganancial de la finca desde la consumación de la venta —que debo presumir fue la fecha del contrato privado, ya que no figura testimoniado en la copia que califico— hasta la disolución y posterior liquidación de la sociedad de gananciales. Protección al consumidor: Para obtener la inscripción de la escritura calificada, deberá prestar su consentimiento a ella D. Juan de Dios, y deberán rectificarse los títulos de atribución patrimonial, conforme al anterior número 2».

De los hechos expuestos parece resultar que la recurrente es actualmente la titular con carácter privativo del bien cuestionado, pero también que ello no es el efecto de un único negocio complejo sino el resultado final, después de dos negocios traslativos sucesivos, absolutamente independientes entre sí, y cada uno con sus propios efectos jurídicos, pues, el primero de ellos provocaría la traslación del bien de la sociedad cuestionada al patrimonio ganancial de los cónyuges compradores, y el segundo, operaría el posterior desplazamiento del patrimonio común al patrimonio privativo de la recurrente. En consecuencia, para que el Registro de la Propiedad pueda publicar este resultado final, se precisa la inscripción de cada uno de estos negocios (confróntense los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria), con especificación de su propia naturaleza, contenido y alcance (confróntese el artículo 9 de la Ley Hipotecaria), pues sólo de este modo se completan la cadena de titularidades entre la del titular registral originario y la de la ahora recurrente, satisfaciéndose así las exigencias de los principios registrales de especialidad y tracto sucesivo (confróntese el artículo 30 de la Ley Hipotecaria).

Ciertamente, para practicar la inscripción de esos dos negocios —en un único asiento o en dos asientos diferenciados— no se pre-

cisa su formalización en instrumentos separados; pueden perfectamente documentarse en una única escritura pública, siempre y cuando dichos negocios queden reflejados con la separación que impone su independencia jurídica, de modo que pueda discernirse claramente el contenido y efectos jurídicos respectivos. Ahora bien, es precisamente esta exigencia la que no se satisface en el documento calificado, que pese a su denominación como «escritura de formalización de compraventa» no sólo no recoge el negocio a formalizar en su completo contenido y efectos, sino que le atribuye o anuda una consecuencia jurídica ajena, pues, derivaría de un posterior negocio traslativo operado que ni siquiera ha quedado acreditado (la adquisición para el patrimonio privativo de la recurrente no sería consecuencia del convenio regulador de los efectos del divorcio, sino, como en este mismo se afirma, del convenio regulador de los efectos de la previa separación, el cual ni se ha aportado ni su contenido puede tenerse por cierto al no concurrir al otorgamiento calificado el otro cónyuge —confróntense los artículos 1115, 1257 y 1259 del Código Civil). En efecto, respecto a la inicial compraventa, no se especifica si se efectúa por ambos cónyuges para su sociedad conyugal o por cuotas indivisas para los respectivos patrimonios privativos, o incluso para uno solo de ellos por confesión del otro cónyuge sobre la privatividad de la contraprestación, y ello se pone de manifiesto tanto si se atiende a la parte expositiva de la escritura, en la que se dice simplemente que «compraron ambos cónyuges», como a su estipulación primera, en la que después de afirmar que «se formaliza la venta», se añade que el cónyuge compareciente «la compra y adquiere con carácter privativo», pero no por efecto de dicha compra sino «en cumplimiento del convenio regulador de su divorcio».

No puede, pues, en virtud de la escritura calificada inscribirse ni siquiera el inicial negocio de compraventa que se pretendía formalizar (esto es, documentar públicamente, satisfaciendo así la exigencia del artículo 1280 del Código Civil), pues, con independencia de otras cuestiones, que luego se examinarán, no se recogen en ella los extremos del negocio que el asiento habría de reflejar inexcusablemente (confróntense los artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria).

Por lo demás, ha de señalarse que de haberse limitado la escritura calificada a la simple pero correcta formalización de una compraventa preexistente realizada por el vendedor a favor de ambos cónyuges para su sociedad conyugal, dicha escritura, acompañada del posterior convenio liquidatorio del caudal común, permitirían reflejar registralmente las dos transmisiones operadas y consiguientemente publicar la actual titularidad privativa de la recurrente sobre el bien cuestionado; es más, aun cuando dicha escritura de formalización sólo fuere otorgada por el vendedor y por uno solo de los cónyuges compradores permitiría, en unión del convenio liquidatorio, publicar ambas transmisiones, pues, no hay razón jurídica para que la falta de concurrencia a tal otorgamiento del otro cónyuge comprador impida tener por formalizado el negocio en aquéllos de sus efectos para cuya producción bastaba el consentimiento de los otorgantes concurrentes, y cuya subsistencia no quedaría afectada por la inexistencia o invalidez del consentimiento del contratante no concurrente, y esto es lo que ocurre ahora con el efecto adquisitivo que se opera en favor de la sociedad conyugal, por cuanto cualquiera de los cónyuges puede por sí solo adquirir bienes para su sociedad ganancial (confróntense los artículos 1344, 1347.3.º, 1362.2 y 1370 del Código Civil, y el principio de conservación de los negocios); téngase en cuenta, también, que el vendedor ha dado carta de pago del íntegro precio y que en el convenio de regulación de los efectos de la separación conyugal se había pactado que el bien en cuestión sería «de propiedad de la esposa a cuyo nombre exclusivo se escrituraría en su día».

2.3. *El art. 95 del RH exige que, en las adquisiciones a título oneroso constante el matrimonio, para su inscripción como privativo, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública, y la simple manifestación del adquirente de que emplea, para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad.*

RESOLUCIÓN de 18 de octubre de 1999.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 28 de noviembre de 1995, mediante escritura pública, D.ª María Begoña compró determinada finca a D. Javier y D.ª Aurora, que ingresa en el patrimonio privativo de la compradora. En la escritura concurre el cónyuge de la adquirente, y en la estipulación tercera ambos afirman que el precio de la compra ha sido pagado por D.ª María Begoña con dinero procedente de la venta que hizo de bienes propios, en escritura pública de 3 de febrero de 1995, por lo que queda así demostrada la procedencia privativa del precio de la compraventa.
- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad se suspendió la inscripción por el defecto subsanable de no justificarse mediante prueba documental pública el carácter privativo del precio de adquisición, conforme al art. 95.2 del RH y resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 1988, toda vez que de los papeles aportados —copia simple de escritura de adjudicación de herencia por fallecimiento del padre de la compradora; copia simple de la escritura de venta de fecha 3 de febrero de 1995, otorgada por dicha compradora, de dos fincas procedentes de la herencia antedicha, en la que se declara recibido con anterioridad el precio de adquisición, ascendente a 30.000.000 ptas.; certificación bancaria de abono en cuenta corriente, cuya única titular es la compradora, de la cantidad de 26.300.000 ptas. el 6 de febrero de 1995, y certificación bancaria de adeudo en la misma cuenta antes citada de la cantidad de 25.500.000 ptas. para abonar al vendedor de la escritura que es objeto de calificación— no resulta fehaciente el carácter privativo de los 28.000.000 de ptas. invertidos en la adquisición. Puede practicarse la inscripción con carácter privativo por confesión del otro cónyuge, conforme al art. 95.4 del RH, mediante solicitud inscrita de ambos cónyuges.
- El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo ante el TSJ de Madrid que fue desestimado.
- El Notario recurrió ante la DGRN siendo igualmente desestimado.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DE MADRID

1. Alegaciones del Notario recurrente.

Que la posible expoliación del patrimonio ganancial por el patrimonio privativo y la prohibición de ciertos contratos entre cónyuges, como obstáculos de la antigua cuestión de las relaciones entre los patrimonios privativo y ganancial, ya no existen (cfr. arts. 1323 y 1450 CC). Que, como ha sido puesto de relieve por la doctrina, la clave de todo está en dos cuestiones: 1.º La voluntad negocial. Que la realidad del negocio llevado a cabo demuestra que el adquirente entrega el dinero y el vendedor lo recibe como lo que es, dinero, o sea, cosa fungible por excelencia cuyo uso es gastarlo. Naturalmente podría entregarse el dinero identificando los billetes, en cuyo supuesto el vendedor adquirirá la propiedad de los billetes mismos, y si después los emplea en una compra es claro que la adquisición tendrá carácter privativo, sin la menor duda. 2.º El carácter del dinero recibido como contraprestación dentro de los patrimonios conyugales. Que el dinero, que es inidentificable, estará cubierto por la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC), por lo que pasa a integrarse en el patrimonio ganancial, produciendo en éste un asiento pasivo: La sociedad de gananciales tiene una deuda (debe ese dinero) con el patrimonio privativo del cónyuge vendedor de la finca. Que el derecho de propiedad del cónyuge sobre el dinero que percibe por su venta se ha convertido, por ser el dinero inidentificable, en un derecho de crédito. Que se trata de una obligación sin plazo, por lo que es exigible «desde luego», conforme al art. 1113 CC, es decir, inmediatamente cuando el acreedor lo pida, y ello porque no hay ninguna base para entender que le es aplicable al art. 1128. Que de la normativa general de la sociedad de gananciales se deduce que no hay que esperar a la liquidación de la misma. Que, en todo caso, la norma general es el art. 1113 CC y no existe norma especial que lo contradiga. Que, además, si se demorase el reintegro al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, la reinversión se haría ilusoria y prácticamente imposible; Compra del bien, constante el matrimonio, como privativo, por haber sido adquirido con dinero privativo. Que de lo expuesto resulta que el dinero del precio de la compra que en la escritura calificada se realiza es presuntivamente ganancial y no puede ser otro su carácter. Lo que significa que el cónyuge comprador tiene derecho, como consecuencia de su crédito privativo contra la sociedad, a utilizar del dinero presuntivamente ganancial, un valor igual apara reinvertirlo. Así se dice en la estipulación tercera de la propia escritura. Que la escritura dice que la subrogación real por adquisición en el sistema del Código produce sus plenos efectos cuando la adquisición de un nuevo bien se hace «a costa de otros bienes privativos» (art. 1346.3.º del CC) y queda clara constancia probatoria de tal circunstancia. En unos casos habrá que demostrar que el bien que se permuta es privativo y, más frecuentemente, que el dinero que se detrae del consorcio, en el que se encontraba confundido, proviene de una operación de enajenación que disminuyó en esa misma cantidad o en una superior a la ahora reinvertida, su masa privativa, y que se retoma para la adquisición de que se trate. Que este análisis es exactamente el supuesto que nos ocupa. Que lo que hay que considerar es la cuestión de la prueba. Que el sistema derivado de los arts. 1324 y 1361 CC y 95 del RH, ha sido siempre interpretado en la práctica registral en el sentido de que la prueba de la privaticidad del dinero era la prueba de su identidad. Por ello, ésta devenía en imposible, pues el dinero siempre se confunde en el patrimonio ganancial. Que es muy de tener en cuenta el art. 1324 CC. Que en el caso que se estudia no solo hay confe-

sión, sino, además, invocación de la procedencia del dinero, la cual completa la confesión en el sentido de dejar claro que se trata del ejercicio por parte del cónyuge que realiza la adquisición de su derecho a subrogar, por lo que lo adquirido es indudablemente privativo y como tal debe ser inscrito. Que, en el actual sistema de coadministración de la sociedad de gananciales y de absoluta libertad de contratación entre cónyuges, ha dejado de tener fundamento el temor a la expoliación del patrimonio ganancial por el privativo. Que la escritura que ha dado lugar a la nota que se impugna contiene, perfectamente diferenciados, los dos negocios que en ella se realizan. Uno es el pago del importe de la deuda que la sociedad de gananciales tiene con el cónyuge acreedor y la dación de carta de pago por éste a la sociedad. El otro es la adquisición del bien como privativo con el producto de ese pago, ya que sí es privativo por serlo el crédito que lo motiva. Cuya consecuencia es la inscripción como privativo del bien adquirido.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

Que hay que hacer constar que la nota recurrida no es de denegación, sino de suspensión, por apreciarse la existencia de un defecto calificado de subsanable, susceptible de salvarse con la prueba fehaciente del carácter privativo de la procedencia del dinero invertido en la adquisición. Que la resolución de 28 de noviembre de 1988, esencial en este caso, así como las de 20 de enero de 1983, 13 de septiembre de 1926 y la de 9 de diciembre de 1943, son aplicables, pues sí que tienen que ver con la reinversión del dinero percibido con anterioridad. Que el corolario de los dos negocios diferenciados alegados por el recurrente solo puede tener aplicación cuando se dé el presupuesto legal que permite su exigibilidad, y éste es: Disolución de la sociedad de gananciales y formación del activo y el pasivo, incluyéndose en este último el crédito que se considere ha nacido contra dicha sociedad de gananciales, art. 1398.3.º *in fine* del CC; situación que en el supuesto planteado en el recurso no se da, pues la exigibilidad a que se refiere el art. 1113 CC presupone que la obligación está vencida y ello no nace hasta la disolución de la sociedad de gananciales. Que el resto de la argumentación del recurrente podría tener aplicación si la justificación de privaticidad abarcase, además, la totalidad del dinero invertido en la compra; pero el contenido de la escritura y las pruebas aportadas en el momento de la justificación no resulta justificador de la privaticidad de la totalidad del bien.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Madrid.

El Presidente del TSJ de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que la generación de un crédito en favor de la compradora que la sociedad ganancial satisface devolviendo la suma, equivaldría a admitir una liquidación parcial de la sociedad de gananciales sin disolución ni extinción de la misma y violando elementales preceptos del CC, tales como el art. 1392, y en que tampoco puede estimarse que la escritura objeto de calificación constituya la «prueba documental pública» de carácter privativo del precio que exige el art. 95.2 del RH, pues no pasan de ser meras manifestaciones de la compradora no contrastadas ni corroboradas suficientemente, a las que no se extiende la fe pública notarial, como indicó la resolución de 28 de noviembre de 1988.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Notario recurrente.

El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que no se trata de una liquidación parcial de la sociedad de gananciales, sino simplemente del pago de una deuda por parte de la sociedad, deuda que es líquida y exigible a favor del acreedor, que lo es uno de los cónyuges. 2.º Que, según el auto apelado, nunca se puede acreditar la reinversión del dinero privativo, percibido por una enajenación de un bien privativo. Que el crédito que ostenta el cónyuge que vendió un bien privativo contra la sociedad de gananciales es privativo, luego la consecuencia de su cobro será que lo percibido es privativo si su empleo diera lugar a una adquisición privativa, siéndole aplicable el núm. 3 del art. 1346 CC.

2. Doctrina de la DGRN.

El único problema que se plantea en el presente recurso radica en dilucidar si se debe hacer constar en el Registro el carácter privativo de un bien cuando en su adquisición concurre, además de la adquirente, su cónyuge, y ambos afirman que el precio tiene carácter privativo, ya que, como consecuencia de la venta de un bien privativo —pues había sido adquirido por herencia— dentro del mismo año por la ahora adquirente, el dinero procedente de la venta se integró en el patrimonio ganancial, por lo que surgió un crédito a favor de aquélla y a cargo de la sociedad de gananciales, el cual se reembolsa ahora por ésta a la ahora compradora, notificando el Notario que autoriza la compra a su compañero, ante el que se otorgó la venta de la finca heredada, el destino del dinero percibido.

Según los arts. 1346 y 1347 CC, son bienes privativos los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos y son gananciales los adquiridos a costa del caudal común. Añade el art. 1361 del mismo cuerpo legal que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio, si bien esta presunción tiene valor *iuris tantum* al añadir el precepto que dicha presunción opera mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer. Tratándose de un bien adquirido a título oneroso por uno de los cónyuges constante matrimonio, el bien se presume ganancial mientras no se demuestre lo contrario. La confesión del otro cónyuge no destruye absolutamente la presunción, sino solo con los efectos relativos que la Ley le atribuye, por lo que el bien se puede inscribir como privativo confesado.

Naturalmente, esta presunción puede destruirse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, si bien, en el ámbito registral, y a los efectos de obtener la inscripción del bien con el carácter de privativo, el art. 95 del RH exige que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública; la simple manifestación del adquirente de que emplea, para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad. El hecho de que el adquirente haya enajenado con anterioridad un bien privativo prueba que un día existió en su patrimonio privativo una cierta cantidad de dinero pero no que sea ese dinero el que se está empleando ahora para la adquisición de otro bien. El que el Notario oficie al compañero que autorizó la escritura por la que el ahora adquirente enajenó un bien privativo; el que éste haga constar mediante nota en la matriz la manifestación del entonces vendedor; el que dicha constancia se le acredite al Notario ahora autorizante de la adquisición que se pretende inscribir como privativa, y el que dicha constancia se haga a su vez cons-

tar mediante diligencia en la escritura de compra, implican una serie de precauciones que pueden y deben tener ciertos efectos que no viene al caso enumerar, pero que no prueban el carácter privativo del precio o contraprestación satisfecho, ni destruyen la presunción de ganancialidad, no permitiendo, en consecuencia, inscribir el bien como privativo con carácter absoluto, sino solo como privativo confesado.

3. SUCESIONES

3.1. *Validez y eficacia de la donación de bienes a favor de los hijos que realiza uno de los cónyuges en el convenio regulador de la separación, sin necesidad de que dicha donación se tenga que llevar a efecto por medio de escritura pública. Tratándose de un convenio judicialmente aprobado, no corresponde al Registrador en el ámbito de su función calificadora revisar la procedencia de la inclusión una cesión de bienes ni cuestionar su eficacia aisladamente considerada, máxime si se tiene en cuenta la unidad y recíproca interdependencia de las distintas previsiones que integran estos convenios.*

RESOLUCIÓN de 29 de julio de 1999.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el procedimiento de separación de mutuo acuerdo, seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Familia, de Bilbao, a instancia de D.ª Pilar y su esposo D. José Luis, por sentencia de 15 de marzo de 1993, se decretó la separación legal del matrimonio formado por los citados señores y se aprobó el convenio regulador de fecha 19 de febrero de 1993.
- En el citado convenio regulador se manifiesta que el esposo hace cesión de su propiedad indivisa sobre la vivienda conyugal (que pertenece proindiviso por iguales partes a ambos cónyuges), a favor de su hija, en cuyo nombre es aceptado por la esposa como representante legal de la menor. Esta cesión lleva consigo las siguientes condiciones: «Respecto a la vivienda descrita en la manifestación tercera, la esposa se hace cargo y responsable única del pago de la hipoteca que la grava. Por su parte, el esposo hace cesión de su propiedad indivisa sobre la vivienda referida a favor de su hija, en cuyo

nombre es aceptado por la esposa como representante legal de la menor. Esta cesión lleva consigo las siguientes condiciones: a) Dicha cesión se amplía también a favor del concebido, de acuerdo con el art. 29 CC. b) Dicha cesión produce plenos efectos, pero con la condición de que la mitad indivisa cedida no sea enajenada ni vendida hasta que adquiera la mayoría de edad el hijo/a del matrimonio que va a nacer o, en otro caso, la hija existente. Una vez liquidado el patrimonio común existente, los esposos dan por finalizada la sociedad ganancial y establecen el régimen económico de separación de bienes, renunciando ambos expresamente a reclamar su participación en los bienes muebles o inmuebles a los que en el futuro puedan acceder por cualquier concepto».

- Presentado testimonio de la sentencia de separación aprobando el convenio regulador, antes referida, acompañado de dicho convenio regulador fue denegada su inscripción por el defecto insubsanable de no ser título adecuado para ello, con arreglo a los arts. 633 CC y 3 LH y concordantes.
- D.ª M.ª del Pilar interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue desestimado por el TSJ del País Vasco.
- D.ª M.ª del Pilar interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL PRESIDENTE DEL TSJ DEL PAÍS VASCO

1. Alegaciones de la recurrente.

Que se deniega la inscripción por considerarse que el documento presentado no reúne las condiciones o características de la escritura pública que el CC exige para la validez de las trasmisiones gratuitas. Que según reiteradas resoluciones de la DGRN, no cabe negar que el documento auténtico expedido por el Secretario judicial, acreditativo de la sentencia y del convenio regulador aprobado por la misma, es documento auténtico suficiente para acreditar los términos del convenio, con plenitud de efectos. Que así lo establece, entre otras, la resolución de 25 de febrero de 1988. Que, según el Registrador, tratándose de donaciones, el tenor del art. 633 exige una escritura notarial. Que se considera que el documento presentado reúne todas las características de validez de la escritura pública, tanto frente a terceros como para las partes firmantes. Que la resolución antes citada estima que el convenio regulador, tramitado en procedimiento de separación y testimoniado por el Secretario Judicial, tiene el mismo valor que una escritura pública. Que se considera que en el presente caso se está ante un documento escrito (el convenio regulador), ante unas verdaderas escrituras redactadas y autentificadas posteriormente en presencia judicial. Que la fe pública recibe su plenitud en los actos que ejerzan los Secretarios judiciales, tal como afirma el art. 281.2 LOPJ. Que la fe pública notarial no se extiende a las declaraciones que efectúan los otorgantes en los documentos suscritos ante ellos, pues no alcanzan ni cubren la verdad intrínseca. La

verdad notarial puede ser destruida por prueba en contrario. Así lo dice la sentencia del TS de 4 de febrero de 1994. Que hay que tener en cuenta lo que dice el art. 1225 CC y las sentencias del TS de 26 de febrero de 1994 y 19 de octubre de 1992. Que, por último, el documento presentado es válido para la transmisión por donación del inmueble que expresa, por ser totalmente equiparado a la escritura pública que requiere el CC y la tradición no se efectúa en el momento en que las partes firman el documento, sino en el que este deviene público y adquiere la formalidad pública, esto es, en el momento de la sentencia judicial que lo ratifica.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota informó: Que para la calificación se ha tenido en cuenta el art. 18 LH y fundamentalmente el art. 633 CC. Que el art. 90 CC señala los extremos a que deberá referirse el convenio regulador y el art. 103 del mismo texto legal, se refiere a las medidas a adoptar por el juez a falta de acuerdo entre ambos cónyuges. Que el art. 90 anteriormente citado, deja una puerta abierta a otros pactos cuando en su párrafo primero dice que el convenio debería referirse, «al menos» «a los siguientes extremos», que es indudable que estos pactos han de tener por objeto resolver situaciones conflictivas que sean consecuencia de la separación de los cónyuges o que tenga relación directa con cuestiones íntimamente relacionadas con el proceso de separación. La redacción de este primer párrafo no autoriza a incluir en el convenio cualesquiera contratos que nada tienen que ver con la disolución de la sociedad conyugal, para los cuales el ordenamiento tiene regulada una forma específica y concreta, la escritura pública (como la donación). Que el CC en los arts. 1278 y 1280 recoge los requisitos de forma de los contratos y el TS tiene reiteradamente declaradas que las normas del art. 1280, de acuerdo con los preceptos de los arts. 1278 y 1279, comportan exigencias *ad probationem,* no *ad substantiam*. Pero mientras el art. 128 habla de documento público, el art. 633, también CC, habla de escritura pública en la que ha de hacerse la donación. Que así lo entiende unánimemente la jurisprudencia del TS en SS. de 22 de febrero de 1940, 31 de diciembre de 1949, 13 de mayo de 1963, 22 de febrero de 1966, 17 de diciembre de 1984 y 7 de mayo y 25 de octubre de 1993, entre otras. En ellas se sienta la doctrina de que la escritura pública es requisito necesario para la validez de la donación, sin ella, no hay donación. Que al convenio regulador aprobado es aplicable el art. 1225 CC a efectos probatorios, pero no a efectos constitutivos. Que una interpretación fina del art. 1216 CC, excluiría al convenio regulador de la categoría de documento público, y, ya que el juez no es el autor del convenio, que ha sido redactado por los particulares. La sentencia del juez aprobándolo si es documento público que implica que el convenio privado acordado por los cónyuges no es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. Esta interpretación vendría abonada por la sentencia del TS de 19 de octubre de 1992. Que, en todo caso, el documento público es por definición del precepto antes citado, un concepto más amplio que el de escritura pública y, no todo documento público es escritura pública. Esta última es una clase de documento público notarial, redactado por Notario con los requisitos de los arts. 156 y ss. del Reglamento Notarial, que marcan la diferencia con los documentos públicos y es precisamente la escritura pública la que exige el art. 633 CC para la validez de la donación de una cosa inmueble. Que, en definitiva, el consentimiento para donar un inmueble sólo puede ser plasmado en una escritura pública; ese consentimiento recogido en cualquier otro documento público no existe, no hay consentimiento a efectos de la donación. Así pues cabe concluir que la donación contenida en el convenio regulador aprobado por la

sentencia de separación no ha sido perfeccionada por falta de forma y, si el padre quiere hacer donación de su mitad indivisa en la vivienda, deberá otorgar la escritura pública correspondiente.

3. Alegaciones del Magistrado-Juez de 1.ª Instancia.

El Magistrado-Juez de 1.ª Instancia informó asumiendo la posición del señor Registrador de la Propiedad.

4. Resolución del Presidente del TSJ del País Vasco.

El Presidente del TSJ País Vasco confirmó la nota del Registrador fundándose en que la exigencia del art. 633 CC de que la donación inmobiliaria se haga en escritura pública es clara e imperativa y, en consecuencia, la donación inmobiliaria, que es objeto del recurso como sostiene el señor Registrador, adolece de una carencia formal que imposibilita su perfección.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones contenidas en su escrito de interposición del recurso gubernativo.

2. Doctrina de la DGRN.

Se debate en el presente recurso sobre la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la cesión de una mitad indivisa de la vivienda familiar que con ocasión de un convenio aprobado judicialmente en la sentencia de separación conyugal, realiza uno de los cónyuges a favor de sus hijos (uno nacido y el otro concebido y no nacido), con la condición de que dicha mitad no sea entregada ni vendida hasta que alcance la mayoría de edad el hijo del matrimonio que va a nacer o, en otro caso, la hija existente. Se prevé, además, en dicho convenio, que el otro cónyuge, dueño de la otra mitad, se hace cargo y responsable único de la hipoteca que grava la vivienda. El Registrador deniega la anotación ordenada por el defecto insubsanable de no ser título adecuado con arreglo a los arts. 633 CC y 3 LH.

Sin prejuicio de destacar que dicha transmisión, en su caso, no debería de reflejarse registralmente por medio de una anotación —que por otra parte no aparece ordenada en el documento calificado—, sino por un asiento definitivo cual es la inscripción, el defecto no puede ser confirmado; es cierto que la donación de bienes inmuebles presupone escritura pública como requisito formal para su existencia y validez (cfr. art. 633 CC), pero no es este el caso debatido toda vez que: a) Las previsiones adoptadas en un convenio regulador de la consecuencia de la separación o divorcio, que constituyan el contenido propio de dicho convenio por incidir sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar, produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente (cfr. art. 90 CC); b) que siendo uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de abordarse en el convenio el relativo a la vivienda familiar, y obedeciendo la exigencia legal de esta previsión, a la protección básicamente, del interés de los hijos (cfr. art. 96 CC), en modo alguno puede negarse que sea extraño el contenido genuino de dicho convenio el que uno de los cónyuges ceda su parte de vivienda a favor de los hijos del matrimonio, sin que pueda alegarse que el art. 90.B CC exige únicamente la previsión sobre el uso, pues, por una parte, y como literalmente señala el inciso inicial de dicho artículo, las especificaciones recogidas

en el artículo citado constituyen el contenido «mínimo» del convenio y, por otra, no hay razón para excluir aquellas disposiciones relativas al uso de la vivienda que se articulen por vía de cesión de la propiedad, y entender incluida sólo las que se instrumentalicen por el cauce de la constitución de un derecho real de goce; c) que tratándose de un convenio judicialmente aprobado, no corresponde al Registrador en el ámbito de su función calificadora (cfr. art. 100 RH), revisar ahora la procedencia de la inclusión en aquel de la cesión cuestionada ni, por ende, cuestionar su eficacia aisladamente considerada, máxime si se tiene en cuenta la unidad y recíproca interdependencia de las distintas previsiones que integran estos convenios; d) que ni es cierto que la cesión considerada se hace sin contraprestación (el otro cónyuge se compromete al pago del crédito hipotecario que lo grava), ni puede ignorarse que en las cesiones de la vivienda familiar que un cónyuge realiza en los convenios reguladores de la separación o el divorcio, en favor del otro cónyuge o de los hijos comunes, tiene una decisiva relevancia la necesidad de atender la situación creada por la crisis matrimonial.

Derecho Internacional Privado

LA INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE CUSTODIA Y DE VISITA EN LAS RELACIONES TRANSFRONTERIZAS. INFORMACIÓN Y PUNTOS CLAVES PARA EL DEBATE (II)

DRA. MAYTE ECHEZARRETA FERRER

Profesora titular de Derecho Internacional privado
Universidad de Málaga
mtechezarret@uma.es

SUMARIO

(Primera parte)

A modo de introducción en la sistemática del trabajo

I. RECURSOS HERMENÉUTICOS ANTE POSIBLES LAGUNAS, CONTRADICCIONES O DEFICIENTES TRADUCCIONES DE LOS TEXTOS INTERNACIONALES

II. CONVENIOS INTERNACIONALES EN VIGOR EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

III. CONVENIOS INTERNACIONALES EN VIGOR QUE INCLUYEN MATERIAS DE DERECHO DE FAMILIA

IV. NORMAS PROCESALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

(Segunda parte)

V. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE NO ESTÁN EN VIGOR Y QUE AFECTAN AL DERECHO DE FAMILIA

VI. NORMATIVA APLICABLE EN AUSENCIA DE INSTRUMENTO INTERNACIONAL

VII. ALGUNOS PUNTOS PARA EL DEBATE

(Tercera parte)

VIII. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA Y SUS COMENTARIOS

IX. SELECCIÓN DE DOCTRINA

V. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE NO ESTÁN EN VIGOR Y QUE AFECTAN AL DERECHO DE FAMILIA

62. En este epígrafe tratamos de hacer una puesta al día de los textos internacionales que, sin estar aún en vigor para España, afectan al derecho de familia y en concreto a los Derechos de custodia y de visita, dejando al margen, como en la primera parte de este artículo, los referidos a la adopción internacional que serán objeto de un estudio autónomo en otros números de esta revista.

63. Entre los Instrumentos internacionales de carácter multilateral y por tanto susceptibles de vincular a España en el futuro, podemos destacar los siguientes. Comenzando por el área iberoamericana y en el seno de las Conferencias de Derecho Internacional privado, la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores firmada en Montevideo el 15 de julio de 1989 en vigor entre Belice, Bolivia, Brasil, México, Paraguay y Venezuela y la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 18 de marzo de 1994, texto en el que se tratan de manera conjunta los temas civiles y penales del tráfico de menores. Dicho texto está en vigor entre Belice, Brasil y Paraguay.

64. Por otro lado y en el marco de la Conferencia de La Haya, debemos mencionar el Convenio de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños y, finalmente,

y dentro del marco europeo, el Reglamento del Consejo 1347/2000, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las Decisiones en materia matrimonial y de la responsabilidad parental de los hijos comunes de inminente entrada en vigor. Por razones de límites editoriales solo vamos a resaltar algunos puntos claves de los dos últimos textos mencionados.

A) Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños

1. Fuentes de información y estudio para la aplicación del Convenio

65. Este Convenio no está aún en vigor, ya que en virtud de su art. 61 requiere tres ratificaciones, aceptaciones o aprobaciones.

• Estados firmantes del Convenio: *Marruecos, Países Bajos y Eslovaquia.*

• Estados firmantes y ratificantes del Convenio: *Mónaco y República Checa.*

• El texto del Convenio así como su Informe explicativo, doctrina, puesta al día del estado de firmas o ratificaciones y Autoridades Centrales en su caso, se puede encontrar en las páginas web de la Conferencia de La Haya http://www.hcch.net. Versión española del texto en http://www.hcch.net/f/updates.html.

2. Algunos puntos claves del Convenio

Objetivos del Convenio

66. Están consagrados en su art. 1 y consisten en la determinación del Estado cuyas autoridades serán competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño; determinar la ley aplicable por estas autoridades al ejercicio de sus competencias y a la responsabilidad parental; asegurar el reconocimiento y la ejecución de dichas medidas en todos los Estados contratantes y establecer la cooperación necesaria entre las autoridades de los Estados contratantes para la realización de los objetivos del Convenio. El propio Convenio define más adelante el contenido del concepto "responsabilidad parental" comprendiendo la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño (art. 1.2).

Ámbito de aplicación

67. Según el art. 2, el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que cumplan 18 años. Comprobamos la elevación del límite de edad fijada en 16 años en los Convenios de Luxemburgo y de La Haya de 1980 e Hispano-Marroquí de 1997, a la vez que elimina la remisión a la ley nacional o de la residencia habitual establecida como mecanismo jurídico de determinación del ámbito de aplicación personal en el Convenio de La Haya de 1961.

El Convenio se aplicará a todos los niños menores de 18 años independientemente de cual sea su nacionalidad o residencia.

68. En cuanto a las medidas de protección sobre las que recaen los objetivos del Convenio, el art. 3 menciona entre ellas: la atribución, el ejercicio y la privación de la responsabilidad parental así como su delegación; la asignación de los derechos de guarda y visita, la tutela, curatela e instituciones análogas; el acogimiento, la Kafala, etc. En su art. 4 establece un catálogo cerrado de medidas excluidas del ámbito de aplicación del Convenio que ya han generado las primeras preguntas a la doctrina. Concretamente la exclusión del apartado b): *La decisión sobre la adopción y las medidas que la preparan, así como la anulación y la revocación de la adopción*. ¿Entendemos por tales el acogimiento preadoptivo? Desde una primera aproximación, en los ordenamientos en los que existe el acogimiento preadoptivo se concibe como una medida provisional y previa a la adopción. De aquí, que dicha institución tan solo pueda ser constituida cuando se han dado la mayoría de los requisitos exigidos para la constitución de la adopción para así garantizar un alto porcentaje de éxito. Es perjudicial para el interés del menor, asignar la protección de un niño a unos padres solicitantes de adopción cuando el niño no es adoptable o cuando los padres no reúnen los requisitos necesarios según la ley que se deba aplicar a la adopción. De aquí que, en principio, estamos de acuerdo con G. ESTEBAN DE LA ROSA en que el acogimiento preadoptivo no es una simple etapa preparatoria de la adopción. Dicha institución está más cerca de la adopción, institución excluida del Convenio, que de un acogimiento simple o residencial incluido en el Convenio y por lo tanto, según nuestra opinión, debe participar de su misma naturaleza para que de esta forma reciban respuestas armónicas y coordinadas; aunque estamos de acuerdo también con la mencionada autora respecto a las reservas que indujeron a los redactores del Convenio a cuestionarse su inclusión, pues coincidimos con ella en que no obstaculizaría la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional entre los Estados parte, y cuyo estudio dejamos aplazado para posteriores números de esta revista. De cualquier forma el Convenio dispone de cláusulas de flexibilización ante el caso concreto en el art. 8 de las que puede hacer uso el intérprete siempre en interés del niño. Están también excluidos del Convenio el establecimiento y la impugnación de

la filiación, el nombre y apellidos, la emancipación, las obligaciones alimenticias, etc.

69. Como podemos observar, el Convenio no incluye entre sus objetivos medidas protectoras relacionadas con el desplazamiento o retención ilícitas pretendiendo no solapar su ámbito de aplicación con el Convenio de La Haya de 1980 ya estudiado. En este sentido, su art. 50 establece la correlación entre ambos textos expresando la aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 en las relaciones entre las partes contratantes de los dos Convenios. Ahora bien, el artículo continúa diciendo *...nada impide, sin embargo, que se invoquen disposiciones del presente Convenio para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita*.

Por otro lado y en las relaciones entre los Estados contratantes, el art. 51 establece: *...el presente Convenio sustituye al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores y al Convenio para regular la tutela de menores, firmado en La Haya el 12 de junio de 1902, sin perjuicio del reconocimiento de las medidas adoptadas según el Convenio de 5 de octubre de 1961 antes citado.*

Instrumentos de cooperación utilizados

70. Como ya hemos podido comprobar, los instrumentos jurídicos de cooperación que establece el Convenio son los utilizados por los Convenios anteriormente mencionados, aunque ahora todos coordinados. Por un lado, la unificación de criterios de competencia para adoptar las medidas protectoras que, con carácter general, se concreta en las autoridades de la residencia habitual del niño en virtud del art. 5.

Estas autoridades seguirán conservando su competencia en los casos en los que el niño haya sido desplazado o retenido ilícitamente según el art. 7.2, hasta que adquiera una nueva residencia y siempre que, quien ostenta la guarda, haya accedido al desplazamiento o la retención o el niño resida en este otro Estado por un periodo de al menos un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio. Volvemos a echar en falta en la definición de comportamientos ilícitos del art. 7.2 una mención expresa a la retención del niño por parte de quien ostenta la guarda con infracción del derecho de visita tal y como razonábamos en los Convenios antes estudiados.

71. El régimen general de la residencia habitual encuentra derogaciones controladas en favor de la competencia del Estado del lugar donde se encuentre

el niño para adoptar medidas urgentes (art. 11), provisionales (art. 12) o en relación con los refugiados (art. 6). Por otro lado, se podrá excepcionar también la competencia del Estado de la residencia habitual en beneficio de la competencia de cualquiera de los Estados contratantes establecidos en el art. 8.2 (Estado de la nacionalidad del niño, de la situación de los bienes, del Estado que conoce del divorcio, o el que mantengan vínculos más estrechos) pero siempre bajo el control de la autoridad del Estado de la residencia habitual del niño para evitar conflictos de competencia y siempre en interés del niño.

72. Respecto a la competencia del foro que conoce del divorcio para establecer medidas de protección, el art. 10 establece dos condiciones. Que al comienzo del procedimiento uno de los padres resida habitualmente en el Estado del foro del divorcio y que uno de ellos tenga la responsabilidad parental. La segunda condición es que los dos padres estén de acuerdo en conceder esta competencia al foro del divorcio, bajo reserva de la apreciación del tribunal sobre si su competencia responde al interés del niño. El foro del divorcio es concurrente con el foro de la residencia habitual del niño. En caso de concurrencia de foros el art. 13 resuelve el problema obligando a abstenerse de conocer al segundo foro al que se le hayan solicitado medidas protectoras del niño.

73. El segundo instrumento jurídico utilizado por el Convenio es la **unificación de la ley aplicable** a las medidas protectoras del niño y a la atribución, extinción y ejercicio de la responsabilidad parental. El Convenio mantiene el criterio del Convenio de 1961 de que la autoridad competente aplique su ley interna a las medidas tendentes a la protección de las personas o los bienes del niño, incluyendo ahora una flexibilización en favor de cualquier otra ley que presente un vínculo estrecho con la situación y cuya aplicación o toma en consideración beneficie el interés del niño. En el caso de que el niño modificara su lugar de residencia habitual, la ley del nuevo Estado regirá las condiciones de aplicación de las medidas impuestas por el Estado de la antigua residencia habitual a partir del momento en que tenga lugar dicha modificación (art. 15).

74. En cuanto a la ley aplicable a la atribución, extinción y ejercicio de la responsabilidad parental los arts. 16 y ss. del Convenio retienen la ley de la residencia habitual del niño como criterio de conexión coincidiendo con la ley aplicable a las medidas protectoras y estableciéndose un régimen de reconocimiento de tales medidas en caso de modificación de dicha residencia habitual. El art. 21 incluye una norma de funcionamiento que regula la remisión legislativa de este art. 16 del Convenio. Así, cuando dicha remisión sea al ordenamiento de un Estado contratante se entenderá al derecho vigente en dicho Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes. Cuando la remisión sea a un Estado no contratante y las normas de conflicto de dicho Estado remitieran a la ley de otro Estado no contratante que aplicará su propia ley se aceptará dicha remisión. En el caso de que no aplicara su propia ley no se

tendrá en cuenta dicha remisión aplicándose el derecho en vigor del Estado al que remita el art. 16.

75. Resta decir que la ley aplicable en virtud del Convenio lo será incluso si es la ley de un Estado no contratante (art. 20) y siempre que no vaya contra el orden público del Estado de la autoridad competente para aplicarla (art. 22). Finalmente, en los arts. 46 y ss. se establece un régimen especial de funcionamiento para los supuestos en los que la remisión de la norma de conflicto conduzca a ordenamientos en los que coexistan una pluralidad de sistemas jurídicos o conjunto de reglas aplicables en unidades territoriales diferentes.

76. El tercer instrumento utilizado es la **unificación jurídica en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones.** Con estas medidas se pretende disuadir al infractor de los derechos de custodia y de visita que verá imposibilitada su acción ante otra autoridad contratante del Convenio al extenderse la eficacia de las resoluciones adoptadas por las autoridades de los demás Estados contratantes. El Convenio reconoce el principio de reconocimiento de pleno derecho de las medidas de protección estableciendo en su art. 23 los motivos en los que facultativamente podrá basarse el no reconocimiento: Incompetencia del tribunal de origen, infracción del orden público, violación de los derechos de defensa en el caso concreto de no haber oído al niño o a quien ostenta la responsabilidad parental y la incompatibilidad con una medida impuesta por el Estado no contratante de la residencia habitual del niño cuando dicha medida reúne las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido y, finalmente, cuando no se ha respetado el procedimiento previsto en el art. 33 referido al control, especialmente en los países de inmigración, sobre instituciones de protección como la Kafala o análogos a efectos de evitar su constitución fraudulenta.

77. Finalmente, a partir del art. 29 se establece la obligación de **cooperación entre las Autoridades Centrales** encargadas del cumplimiento del Convenio. Para reforzar dicha cooperación y tratar de hacerla más efectiva, el art. 39 establece la posibilidad de que los Estados contratantes celebren acuerdos bilaterales de cooperación.

B) Reglamento del Consejo 1347/2000, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las Decisiones en materia matrimonial y de la responsabilidad parental de los hijos comunes

1. Fuentes de información y estudio para la aplicación del Convenio

78. • DOCE L 160/19, de 30 de junio de 2000.

• El texto del Convenio se puede encontrar también en las páginas web de la Comunidad Europea *http://www.europa.eu.int*. En el núm. 8 de 2000 de esta

revista se publicó el texto de la Propuesta de Reglamento, existiendo ligeras diferencias con el texto publicado en el DOCE.

• De conformidad con el art. 3 del Protocolo relativo a la posición del Reino Unido y de Irlanda aneja al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, han expresado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento. Dinamarca sin embargo, en virtud de los arts. 1 y 2 de la posición del mencionado Estado, ha manifestado su no participación. Por tanto la expresión "Estado miembro" que utiliza el Convenio para delimitar su ámbito de aplicación hace referencia a todos los Estados de la Unión Europea a excepción de Dinamarca.

2. Algunos puntos claves del Convenio

Objetivos del Convenio

79. En el marco de los objetivos generales de libertad, seguridad y justicia que deben garantizar la libre circulación de personas en la Unión Europea se incluyen las medidas de cooperación judicial en materia civil previstas en el art. 65 del TCCE tras la modificación operada en Amsterdam en 1997 (1). Entre dichas medidas se encuentra el Reglamento del Consejo 1347/2000 cuyo objetivo es la libre circulación de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en la Comunidad. Para conseguir dicha finalidad se imponía la necesidad de alcanzar un mínimo de coherencia en el conjunto de las relaciones de familia de carácter mixto o transfronterizas y para ello, por un lado, se armonizan los criterios de competencia judicial internacional en mate-

---

(1) *Artículo 65 TCCE*

Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del MERCADO INTERIOR, *incluirán:*

a) ***mejorar y simplificar:***

— el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales;

— la cooperación en la obtención de pruebas;

— el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;

b) ***fomentar la compatibilidad*** *de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;*

c) ***eliminar obstáculos*** *al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.*

ria de disolución del matrimonio y responsabilidad parental de los hijos comunes, respetando otros instrumentos de protección al niño como el Convenio de La Haya de 1980 sobre secuestro internacional de menores y, por otro, se agiliza al máximo el reconocimiento de las resoluciones extranjeras impidiendo a su vez que existan resoluciones contradictorias.

Ámbito de aplicación

80. En cuanto al **ámbito de aplicación material,** el Reglamento se limita a los procedimientos civiles (judiciales o no) relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad del matrimonio y, por lo tanto, el reconocimiento de las resoluciones no afecta a cuestiones tales como la culpa de los cónyuges, el régimen económico matrimonial y las obligaciones de alimentos o a otras posibles medidas accesorias, a pesar de que son cuestiones que aparecen vinculadas a dichos procedimientos. Abarca la responsabilidad parental sobre los hijos de ambos cónyuges en cuestiones estrechamente vinculadas con un procedimiento de divorcio, separación judicial o nulidad tal y como queda expresado en el Considerando 10 del Reglamento.

81. En cuanto al **ámbito de aplicación personal**, el Reglamento se aplica también a los nacionales de terceros países con vínculos suficientemente profundos con el territorio de los Estados miembros, según los criterios atributivos de competencia previstos en el Reglamento.

Ello quiere decir que las Autoridades de cada Estado comunitario, a excepción de las de Dinamarca en donde no se aplica el Reglamento, determinarán su competencia judicial respecto a las materias incluidas, a la luz de dicho texto.

82. El Convenio diferencia el tratamiento de la competencia según cual sea la vinculación del cónyuge requerido con el territorio comunitario. Según el art. 7, en el caso de que el cónyuge requerido tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro o sea nacional de dicho Estado miembro (en el caso de Reino Unido o Irlanda se sustituye el criterio de la nacionalidad por el del domicilio en uno de estos Estados miembros), si de los arts. 2 a 6 del Reglamento no resulta ser competente el Órgano Jurisdiccional ante el cual se ha planteado la demanda, en virtud del art. 9 se deberá declarar de oficio incompetente sin consultar ningún otro texto legal ya sean competentes o no las autoridades de los demás Estados miembros. Y ello porque en estos casos las competencias de los arts. 2 a 6 del Reglamento son ***exclusivas.*** Debe tenerse en cuenta que el carácter exclusivo de las competencias establecidas debe ser entendido sin perjuicio de las reglas contenidas en el apartado 1 del artículo 8 que veremos seguidamente y en el apartado 2 del artículo 38 que se refieren a los asuntos matrimoniales y a las cuestiones de responsabilidad parental conectadas con tales casos, por lo que no afecta a las reglas de competencia en materia de protección de menores cuando es independiente de la causa matrimonial.

83. En el caso de que el cónyuge requerido **no** sea nacional ni tenga su residencia habitual en un Estado miembro o, en el caso de Reino Unido o Irlanda su domicilio, si de los arts. 2 a 6 del Reglamento no resulta ser competente el Órgano Jurisdiccional ante el cual se ha planteado la demanda ni ningún otro de un Estado miembro, el Órgano Jurisdiccional podrá consultar posteriormente otros textos internacionales aplicables o su derecho autónomo para comprobar su competencia. Y ello porque, en estos casos, las competencias de los arts. 2 a 6 son ***preferentes,*** pero en caso de que de ellos no se derive la competencia de los Órganos Jurisdiccionales de algún Estado miembro, aparecen las competencias residuales derivadas de los textos vigentes en cada uno de los Ordenamientos internos tal y como establece el art. 8 del Reglamento.

Así, un cónyuge-demandante francés, con residencia en España desde hace tres meses, que interpone una acción de divorcio frente al otro cónyuge, danés, con domicilio actual en Dinamarca y cuyo lugar de residencia habitual común durante el matrimonio ha sido Francia, el Órgano jurisdiccional español ante el cual se ha interpuesto la acción de divorcio deberá consultar primero el Reglamento y aplicar los arts. 2 a 6 para comprobar su competencia o la de los demás Estados miembros. En este caso no sería competente ninguno y al no estar la demandada en ninguno de los supuestos especialmente protegidos del art. 7 antes mencionado, el Órgano jurisdiccional español podría consultar algún otro texto internacional en vigor, inexistente en el caso propuesto o la LOPJ para determinar su competencia concluyendo con la competencia española si aceptamos el difícil supuesto de la sumisión tácita del demandado del art. 22.2 de la mencionada LOPJ.

Ahora bien, en el caso de que la demandada sea española, al ser nacional de un Estado miembro se la protege no aplicándole otro criterio de competencia distinto a los recogidos en el Reglamento. En este caso el Órgano Jurisdiccional español debería declararse de oficio incompetente. Se trata, como puede observarse, de impedir la aplicación de las normas de competencia interna de carácter exorbitante de algunos ordenamientos a personas que en razón de su nacionalidad, residencia o domicilio en los casos de Reino Unido o Irlanda presentan vínculos estrechos con los Estados miembros del Reglamento. Ahora bien, ello no resta la posibilidad de impedir que los Estados acuerden entre sí la no aplicación de los foros exorbitantes a los demás supuestos mencionados mediante la prohibición del reconocimiento de sentencias basadas en dichos criterios de competencia tal y como establece el art. 16.

84. Sin embargo, en materia de reconocimiento, la aplicación del Reglamento será obligatoria siempre que las resoluciones hayan sido dictadas en un Estado miembro, al margen de que hayan aplicado el Reglamento o no en materia de competencia. Se entenderá por resoluciones, en virtud del art. 13, cualquier decisión sobre el ámbito de aplicación material del Reglamento cualquiera que sea su denominación, ya sea sentencia, resolución o auto. Asimismo los

documentos públicos con fuerza ejecutiva y las transacciones que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen.

85. Finalmente, en cuanto a la **relación del Reglamento con los demás textos internacionales**, cuando entre en vigor (marzo de 2001) se alterará la vigencia de algunos de los Convenios internacionales anteriormente estudiados. Así, el art. 39 establece:

> *En las relaciones entre los Estados miembros que son parte del presente Reglamento, primará este último, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes:*
>
> — Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las Autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores (seguirá en vigor en cuanto afecta a la ley aplicable).
>
> — *Convenio europeo, de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia.*
>
> — *Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, a condición de que el menor resida habitualmente en un Estado miembro y siempre que este Convenio llegara a entrar en vigor.*

86. Por otro lado, para tratar de armonizar los criterios de competencia del Convenio de La Haya de 1980 con los del Reglamento, el art. 4 de este último texto dispone que la competencia establecida en el artículo 3 regulador de la responsabilidad parental se ejercerá dentro de los límites establecidos en el Convenio de La Haya de 1980 y, en particular, en relación con sus artículos 3 y 16. Con ello se salvaguarda la residencia habitual como criterio de competencia cuando, como consecuencia del desplazamiento o retención ilícitos, de hecho, se ha producido una modificación de la residencia habitual ya que el art. 16 mencionado prohíbe a las autoridades judiciales o administrativas a donde haya sido trasladado el menor, o donde esté retenido ilícitamente, decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio, o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio.

Instrumentos de cooperación utilizados

87. El Reglamento combina los dos instrumentos clásicos de cooperación: la unificación de los criterios de competencia judicial y los de reconocimiento y ejecución de Decisiones. Por lo que respecta a los **criterios de competencia,** distingue entre divorcio, separación judicial y nulidad de matrimonio

por un lado y responsabilidad parental por otro. Para los primeros supuestos establece la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) en cuyo territorio se encuentre:

— la residencia habitual de los cónyuges, o

— la última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía resida allí, o

— la residencia habitual del demandado, o

— en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o

— la residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda y o bien es nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso de Reino Unido o de Irlanda, tiene allí su domicilio, o

— la residencia habitual del demandante, si ha residido en ella al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y si es nacional del Estado miembro en cuestión;

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del domicilio de ambos cónyuges.

88. Para que estos Órganos Jurisdiccionales tengan además competencia para conocer sobre las cuestiones relativas a la responsabilidad parental de los hijos comunes del matrimonio en crisis (que no quiere decir que sean los mismos sino los del mismo Estado), el art. 3.1 exige que el hijo tenga su residencia habitual en dicho Estado. En caso de que tenga su residencia habitual en otro Estado podrán tener competencia si el hijo reside habitualmente en uno de los Estados miembros y: a) al menos uno de los cónyuges ejerce la responsabilidad parental sobre el hijo; y b) la competencia de las autoridades ha sido aceptada por los cónyuges y es conforme con el interés superior del niño.

La competencia otorgada en virtud de los apartados 1 y 2 cesará: a) tan pronto como sea firme la resolución relativa a la autorización o a la denegación de la solicitud de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio; o b) en aquellos casos en que en el momento indicado en la letra a) existan procedimientos relativos a responsabilidad parental, en cuanto haya recaído una resolución firme en dichos procedimientos; o bien, c) en cuanto los procedimientos indicados en las letras a) y b) hayan concluido por otras razones.

Ahora bien, como hemos visto antes y volvemos a repetir, estos criterios de competencia para conocer de causas parentales tienen que estar en armonía con

las medidas propuestas en los casos en los que ya se haya producido un traslado o retención ilícitos con infracción de un derecho de guarda o de visita en los que se aplicarán los arts. 3 y 16 del Convenio de La Haya de 1980.

89. En materia de competencia, el Reglamento responde también a dos problemas clásicos relacionados con la litispendencia y acciones dependientes en su art. 11 y las medidas provisionales en casos de urgencia en su art. 12 reconociendo en este último caso la competencia de cualquier Estado miembro para adoptar dichas medidas independientemente de cual sea el órgano jurisdiccional competente para conocer sobre el fondo.

90. Algo más importante de resaltar es la exclusiva responsabilidad del órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado la demanda respecto al control de su competencia. El Reglamento se basa en un principio de confianza entre los Estados miembros. Así, si en virtud de su articulado un órgano jurisdiccional no fuera competente, deberá declararse incompetente de oficio, independientemente de que el demandado plantee o no la declinatoria internacional, para lo que se requerirá que se cumpla con los requisitos de la notificación regular contemplados en el art. 15 y regulados en el art. 10. La responsabilidad de dicho órgano se agrava hasta el punto de que el juez no podrá denegar el reconocimiento aunque le conste que ha conocido sin competencia, pues el art. 17 le prohíbe ejercer dicho control.

91. En segundo lugar, por lo que respecta al **reconocimiento de resoluciones** emanadas de Estados miembros, el art. 14 elimina la necesidad de recurrir a procedimiento alguno, estableciéndose en su apartado cuarto la posibilidad del reconocimiento incidental. Los motivos de denegación están recogidos en el art. 15 y están basados en el respeto del orden público del Estado requerido y de los derechos de defensa del demandado así como en el respeto a otras resoluciones dictadas en el Estado miembro requerido entre las mismas partes o en otro Estado miembro o no, pero susceptible de reconocimiento en el Estado requerido.

92. En relación con las resoluciones relativas a la responsabilidad parental se establece una regulación específica en el art. 15.2 que, con relación al orden público de la letra a) y según exponía la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento, no es suficiente la manifiesta contrariedad con el orden público para excluir el reconocimiento, sino que es preciso ponderarlo tomando en consideración, de forma acumulativa, el interés superior del niño. La rebeldía aparece también en la letra c), en similares términos a como se incluía en la letra b) del apartado 1. El hecho de no haber dado al niño oportunidad de manifestarse o de no haber tenido oportunidad de pronunciarse una persona que alegue que la resolución vulnera su responsabilidad parental se incluyen también como causa de no reconocimiento en los apartados b) y d). Final-

mente, las letras e) y f) incluyen como causa de no reconocimiento la incompatibilidad con otra resolución, estableciendo una regla diferente según que la resolución haya sido dictada en el Estado miembro requerido o lo haya sido en otro Estado miembro o en un Estado no miembro de residencia habitual del menor.

Tratándose únicamente de la responsabilidad parental, en ambos casos la inconciliabilidad de la resolución a reconocer debe producirse con una resolución dictada con posterioridad, ya que las anteriores ya habrán de haber sido tomadas en cuenta en la resolución vinculada al divorcio. El objetivo es evitar la contradicción que podría resultar, por ejemplo, entre una resolución dictada en otro Estado miembro relativa a divorcio y guarda con una resolución dictada en el foro negando la paternidad.

VI. NORMATIVA APLICABLE EN AUSENCIA DE INSTRUMENTO INTERNACIONAL

93. En el ámbito de la protección de menores y, en concreto en los supuestos de infracción de los derechos de custodia y de visita, la colaboración entre los Estados para la búsqueda del menor desplazado o retenido ilícitamente en los casos en que no exista Convenio internacional de cooperación, depende del derecho internacional privado autónomo de cada país y de la sensibilidad de las personas que en ese momento ostenten la autoridad para decidir *ad casu* sobre el único parámetro normativo de interpretación: el interés del menor.

94. Ante supuestos de sustracción de menores en los que además de España estén implicados países con los que no mantenemos ningún compromiso internacional de cooperación, el ordenamiento español dispone de los instrumentos de cooperación previstos en los arts. 277 de la LOPJ y 300 de la LEC quedando sustituido este último en enero por el art. 177 de la futura Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [(2)] y, cuando llegue a elaborarse y a aprobarse, podrá complementarse por la anunciada Ley Orgánica sobre cooperación jurídica internacional en materia civil. El solicitante de restitución puede o bien litigar en España y obtener el reconocimiento de la resolución española en el Estado donde se encuentre el menor o trasladarse a este último lugar y tratar de obtener la sentencia favorable sin el coste añadido del reconocimiento.

95. En los casos de desplazamiento de menores residentes en España al extranjero se ha utilizado en algunas ocasiones la vía penal. Ejemplo de ello es el caso *Esteban vs. Walid*, española y libanés respectivamente, ostentando la

---

(2) BOE de 8 de enero de 2000 y c.e. de 14 de abril.

madre española la custodia de las dos hijas en España y el padre el derecho de visita en el Líbano mediante una sentencia española. Tras el ejercicio del derecho de visita, el padre las retuvo en Beirut. Se dictó una orden de busca y captura contra el padre que se encontraba en EE.UU. solicitándose y concediéndose su extradición a España en virtud del Tratado de extradición con EE.UU. de 29 de mayo de 1970, 1978 y 1993. En este caso la titular del Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid imputó cuatro delitos al padre: Detención ilegal, amenazas, coacción y desobediencia a la autoridad judicial.

96. España, a diferencia de otros países como EE.UU. Suecia, Australia, Noruega o Canadá entre otros, ha suprimido, al menos aparentemente según dice E. CORTÉS BECHIARELLI, el delito de sustracción de menores para incluirlo como una modalidad agravada de las detenciones ilegales en el texto de 1995 (art. 165). El art. 163 que tipifica la detención ilegal exige que se produzca una detención de un particular por otro privándole de su libertad. Cuando esta detención se ejecuta con simulación de autoridad o función pública o la víctima fuera un menor de edad o incapaz la pena se agravará.

97. En el curso del año pasado se presentaron dos Proposiciones de Ley por parte de los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista en el Congreso (3) mediante las cuales se proponía la penalización e incluso la inhabilitación del progenitor infractor y la inclusión en el Código Civil de medidas cautelares que impidan la salida del territorio español del menor con uno de los progenitores o la necesidad de una autorización *ad hoc* para el cambio de domicilio del menor o la prohibición de expedición del pasaporte. Ninguna de las dos proposiciones ha prosperado (4), aunque algunas de las medidas propuestas ya se están aplicando en la práctica, como es el caso de la limitación espacial del ejercicio del derecho de visita en los casos de menores residentes en España con peligro de ser trasladados al extranjero.

Por otro lado, la incidencia penal del desplazamiento o retención ilícita en supuestos transfronterizos es muy relativa desde el momento en que el menor se encuentra en un país extranjero. Tan solo la existencia de Tratados internacionales en esta materia podría fundamentar una colaboración entre autoridades para

---

(3) Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista del Congreso de Modificación del Código Penal, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Civil para combatir la sustracción o retención ilícita de menores, BOCG, Serie B, núm. 325-1, de 15 de noviembre de 1999; Proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el congreso, de Modificación del Código Penal en materia de secuestro familiar de menores e inducción del progenitor a que el menor abandone el domicilio familiar, BOCG, Serie B, 320-1, de 5 de julio de 1999.

(4) *http://www.congreso.es/iniciativa/sexta_legislatura/frames_tramita.htm* (consultado el día 7 de octubre de 2000).

conseguir el fin jurídico pretendido. Lo normal en estos casos en los que no existe Tratado internacional ni civil ni penal con el Estado donde se encuentran los menores desplazados ilícitamente, es ver cómo se legaliza la situación mediante decisión que otorga la guarda al secuestrador (situación que también ha ocurrido con frecuencia aun existiendo Tratado que lo prohíbe como vimos en el art. 16 del Convenio de La Haya de 1980) sin que las normas españolas puedan llegar más allá de nuestras fronteras, tan solo la sensibilidad y el esfuerzo de comprensión de la situación por parte de las autoridades españolas que solicitan el retorno y las extranjeras que deben decidirlo podría culminar una decisión adecuada al interés del menor. La Unión Progresista de Fiscales (UPF) ha pedido a la Fiscalía General del Estado que adopte las medidas necesarias para coordinar y unificar su intervención frente al secuestro y traslado ilegal de menores fuera de España en contra de la voluntad del progenitor encargado de la custodia. En un comunicado la UPF manifiesta su "preocupación" por la falta de una respuesta institucional "eficaz y suficiente" (5).

98. En el caso contrario, esto es cuando el menor ha sido desplazado a España ilícitamente, se puede plantear el reconocimiento de la sentencia extranjera cuando existiera. Se ha suscitado la duda sobre la aplicación o no del procedimiento abreviado, rápido y sencillo de los arts. 1901 y ss. de la LEC. Dicho procedimiento, se ha dicho, se basa en el principio de confianza que late entre el Estado requirente y el requerido materializado en un Acuerdo internacional en el que las partes han equilibrado sus intereses, unificado las normas por las que van a regir su actuación y se han basado en intereses homogéneos. Cuando la petición del solicitante no se basa por tanto en un Convenio internacional podríamos decir que se podría albergar algún tipo de celo o desconfianza que eludiría el trámite abreviado de los arts. 1901 y ss. y remitiera a las normas clásicas de la cooperación internacional de los arts. 277 de la LOPJ y 300 de la LEC que mencionamos anteriormente y cuya dilación es de todos conocida.

99. Pero... ¿Es que el principio de confianza que parece condicionar la aplicación de los arts. 1901 y ss. lo podemos predicar del Convenio hispano-marroquí antes estudiado? ¿Es que el derecho de relación transfronteriza está más y mejor garantizado en las relaciones hispano-marroquíes que en las relaciones hispano-costarricenses, Estado con quien no nos une ningún Convenio en esta materia? Conociendo la política convencional española, cuesta mucho trabajo discriminar el tratamiento de los menores en función de que exista o no un Convenio internacional, de aquí que deba ser el juez el que ante el caso concreto valore si el supuesto reúne las circunstancias necesarias para ser acreedor de la celeridad que exige el procedimiento para hacer efectivas las medidas

(5) *Diario de Noticias La Ley*, núm. 239, de 9 de junio de 2000, p. 5.

solicitadas en protección al menor. Y ello porque fuera del ámbito convencional sigue existiendo la obligación de asegurar el interés del menor que se basa en la celeridad en la resolución del caso. Hacer depender la aplicación del procedimiento abreviado de seis semanas de la LEC de la política convencional en todos los casos es una solución que aunque jurídicamente alberga impecables razonamientos jurídicos podría contribuir a una discriminación infundada. De aquí que el juez podrá utilizar el procedimiento abreviado mediante una interpretación generosa, como lo llama E. RODRÍGUEZ PINAUD, de los arts. 1901 y ss. a favor de la extensión de esas normas a los supuestos en que no haya Convenio internacional basándose en que las normas del Convenio de La Haya de 1980 han introducido en el ordenamiento español una serie de principios *ad hoc* para la resolución de este tipo de supuestos que pueden aplicarse analógicamente en caso de lagunas.

VII. ALGUNOS PUNTOS PARA EL DEBATE [6]

100. Con este breve epígrafe tratamos de abrir un debate que contribuya al estudio de las causas de la violación de los derechos de guarda y visita por parte de los progenitores o de otros familiares y trate de encontrar las soluciones que, sabemos, no pasan tan solo por medidas de carácter jurídico sino también por medidas dentro de un marco psico-afectivo como ha puesto de relieve en el núm. 3 de esta revista M.A. PEÑA YÁÑEZ.

El debate lo iniciamos con la selección de siete ideas que, desde nuestro punto de vista, podrían reducir un grupo de supuestos de violación de los derechos de guarda y de visita.

1. En los casos en los que ninguno de los progenitores sea manifiestamente inepto para que le sea adjudicada la guarda del menor y a falta de acuerdo previo, sería aconsejable la aplicación de un procedimiento rápido y mecánico que no concluya en estados anímicos deteriorados o desequilibrados y que elimine el resultado *vencedor-vencido* para evitar el alto riesgo de venganza y de desconfianza entre las partes que ello supone.

2. En los casos anteriores, el interés del menor reclama no verse involucrado en la toma de postura sobre la determinación de los titulares de los derechos de guarda y visita evitándose la tensión emocional que supone la manipu-

---

[6] Sus opiniones, dudas y sugerencias podrán enviarlas al correo electrónico *mtechezarret@uma.es* o por correo tradicional a la Facultad de Derecho, área de Derecho Internacional privado, Campus Teatinos s/n, Málaga, 29071 y podrán ser publicadas en próximos números de la revista.

lación del menor por las partes en la carrera por vencer, sin perjuicio del derecho del menor a ser oído que debe ser enmarcado en el contexto adecuado del procedimiento.

3. Es necesario reforzar la protección del titular del derecho de visita tipificando expresamente la ilicitud del comportamiento del titular de derecho de custodia que impide, o simplemente no facilita, el ejercicio del derecho de visita de su titular. En casos conflictivos, es imprescindible una integral y eficaz intervención pública que asegure el ejercicio del derecho de visita sin riesgo alguno para el menor relajando la actitud reacia de colaboración del titular del derecho de custodia.

4. Es importante tratar de evitar que quien ha cometido un ilícito no fundado en el interés del menor se prevalga de él para conseguir su propósito. No se trata de separar al menor del infractor sino que vuelvan juntos al lugar de residencia del menor hasta que se consiga un acuerdo pacífico. De aquí que la determinación del cambio de residencia del menor fruto de un comportamiento ilícito sea valorada a la luz de los principios consagrados en los textos internacionales sin que la mera presencia en el territorio de un Estado pueda otorgar la competencia a sus Órganos Jurisdiccionales.

5. El tratamiento civil de los desplazamientos ilícitos es el mejor cauce para la resolución de los problemas que se suscitan en la esfera familiar. Hay que tratar de evitar medidas revulsivas que induzcan a reacciones descontroladas del sujeto al que se les aplique por el peligro que ello supone para la débil figura del menor.

6. La celeridad en la resolución del caso se convierte en exigencia prioritaria para todo niño desplazado o retenido ilícitamente, independientemente de su nacionalidad, domicilio o residencia y de la existencia o no de Convenio internacional con el Estado con cuyas autoridades se deba trabajar para la resolución del caso.

7. En los procedimientos de divorcio y de responsabilidad parental de carácter mixto se deberá tener una especial sensibilidad en la aplicación del derecho extranjero cuando sea de aplicación. Los Órganos jurisdiccionales deberán hacer un importante esfuerzo por tener en cuenta, aplicar o armonizar los principios inspiradores de los ordenamientos conectados al supuesto para que se llegue a un resultado que pueda ser aceptado por todas las partes y que pueda ser defendido en los Estados en los que presumiblemente pueda ocurrir una infracción del derecho de custodia o de visita.

Derecho Comparado

EL DIVORCIO EN PORTUGAL

ANTONIO APARICIO HACKETT

Abogado

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.
II. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.
III. INTENTOS DE CONCILIACIÓN OBLIGATORIOS.
IV. DIVORCIO LITIGIOSO.
V. CADUCIDAD DEL FUNDAMENTO PARA PEDIR EL DIVORCIO.
VI. DECLARACIÓN DE CÓNYUGE CULPABLE Y SUS CONSECUENCIAS.
VII. EFECTOS DEL DIVORCIO.
VIII. COMENTARIOS FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El divorcio en Portugal se encuentra regulado en los arts. 1773 a 1793 del Código Civil, que recibieron su actual redacción por Decreto-Ley 496/1977, de 25 de noviembre, más algunas adiciones y retoques, de menor importancia, introducidas por el Decreto-Ley 163/1995, de 13 de julio.

La regulación es en extremo diáfana y está bien sistematizada, distinguiendo dos modalidades de divorcio [1]: el **divorcio por mutuo consentimiento** y el **divorcio litigioso.**

Seguiremos en nuestra exposición esta misma sistemática.

II. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

Pueden pedirlo los cónyuges que lleven más de tres años casados. La petición se deduce ante el Juzgado. Pero el Código portugués contiene la importante novedad de permitir solicitarlo ante el Encargado del Registro Civil cuando no haya hijos menores o cuando, habiéndolos, haya sido regulado judicialmente el ejercicio de la patria potestad.

En esta modalidad de divorcio los cónyuges no tienen que poner de manifiesto la causa de divorcio [2], pero sí han de pactar lo relativo a la prestación de alimentos (a favor del cónyuge que carezca de ellos), el ejercicio de la patria potestad en su caso, y el uso de la vivienda familiar; y ello tanto mientras dure el proceso como para después. En otras palabras, el convenio regulador ha de comprender tanto las medidas definitivas como las provisionales que han de servir de base al divorcio.

III. INTENTOS DE CONCILIACIÓN OBLIGATORIOS

La función del Juez (o del Encargado del Registro Civil en su caso [3]) no se limita a homologar el convenio regulador, sino que obligatoriamente ha de intentar reconciliar a los cónyuges. A tal efecto habrá de celebrar con ellos dos comparecencias (o "conferencias"):

La primera al recibir la demanda. Si en ella no logra conciliar a los cónyuges, el juez les advierte que han de renovar la solicitud de divorcio tras un periodo de reflexión de tres meses y no más tarde del año, so pena de considerarla caducada. En la misma comparecencia el juez valorará los acuerdos sobre medidas, invitándoles a alterar aquellas que no protejan suficientemente los intereses de los hijos. Finalmente deberá aprobar las medidas provisionales, pudiendo alterar las propuestas cuando el interés de los hijos lo exija.

---

(1) Art. 1773.

(2) Por excepción, el Código habla aquí, en el art. 1775, de *causa* de divorcio. En general, el legislador portugués prefiere referirse a los *fundamentos* del divorcio o de la demanda de divorcio.

(3) Conservador do Registro Civil.

La segunda comparecencia tiene lugar después que los cónyuges han renovado o ratificado la demanda de divorcio. En esta segunda reunión con los cónyuges el juez vuelve a intentar conciliarlos y puede fijarles plazo para que alteren los acuerdos definitivos, bajo apercibimiento de dejar sin efecto la demanda.

La sentencia que declare el divorcio por mutuo consentimiento homologará los acuerdos definitivos. Pero si alguno de ellos no protegiese suficientemente los intereses de alguno de los cónyuges o de los hijos, denegará su aprobación y aplazará el divorcio.

IV. DIVORCIO LITIGIOSO

Es el que promueve uno de los cónyuges contra el otro, basándose en alguno de los siguientes fundamentos:

— **Violación culpable de los deberes conyugales: adulterio, abandono** o "desertio", malos tratos, etc.

— **Ausencia** (4) de uno de los cónyuges por tiempo superior a cuatro años.

— **Ruptura de la vida común.**

El primer fundamento **—violación de los deberes conyugales—** exige no sólo un elemento culpabilístico, sino que su gravedad o reiteración comprometa las posibilidades de continuar la convivencia. Para apreciar la gravedad de los hechos invocados, el tribunal tomará en cuenta el grado de educación y la sensibilidad moral de los cónyuges (5).

Bajo el segundo fundamento **—ruptura de la convivencia—,** el Código Portugués comprende:

— La **separación de hecho,** durante seis años consecutivos (6). Se entiende que hay separación de hecho cuando no existe comunión de vida entre los cónyuges ni propósito de reanudarla, ya por parte de ambos o de uno sólo de ellos. El fundamento es válido aunque el que pide el divorcio haya sido el causante de la separación.

---

(4) Si la ausencia se prolonga más de diez años (o más de cinco si el desaparecido tiene 80 años cumplidos), se produce como en España una declaración de fallecimiento, que tiene efectos solutorios sobre el matrimonio independientemente del divorcio.

(5) Art. 1779.

(6) En Portugal también es causa de divorcio la separación judicial pasados dos años, si bien es infrecuente en el pleito de separación.

— La **alteración de las facultades mentales,** cuando la enfermedad del demandado haya durado más de seis años y comprometa, por su gravedad, la posibilidad de seguir conviviendo.

V. CADUCIDAD DEL FUNDAMENTO PARA PEDIR EL DIVORCIO

El fundamento para el divorcio caduca con el paso del tiempo.

El plazo legal de caducidad es de dos años, contados desde el día en que el cónyuge ofendido o su representante legal haya tenido conocimiento del hecho susceptible de fundamentar la pretensión de divorcio.

Tampoco será tomado en cuenta el fundamento de la pretensión, cuando el propio demandante haya sido instigador del hecho invocado como fundamento, o hubiese creado intencionadamente condiciones propicias para que tal hecho se produzca. Ni cuando haya sido perdonado, expresa o tácitamente, o cuando del comportamiento posterior de los cónyuges se deduzca que el hecho en cuestión no obstaculizó la convivencia.

VI. DECLARACIÓN DE CÓNYUGE CULPABLE Y SUS CONSECUENCIAS

Cuando el Juez aprecia culpa en uno o en ambos cónyuges, ha de declararlo así en la sentencia. Si considera que uno de ellos es considerablemente más culpable que el otro, debe decir también a cuál considera principal culpable [7].

En caso de violación culpable de los deberes conyugales habrá siempre, por definición, un cónyuge culpable. Pero puede haber también cónyuge culpable o principal culpable cuando el fundamento del divorcio sea una separación de hecho de más de seis años.

Si el que alega perturbaciones mentales del demandado no lo prueba y pierde el pleito, tendrá la misma obligación de indemnizar que si hubiera sido declarado cónyuge culpable del divorcio.

Por eliminación, los supuestos de divorcio no culpabilísticos son: las ausencias no intencionadas; las enfermedades mentales acreditadas; y las separaciones de hecho y violaciones de deberes conyugales imputables por igual a ambos cónyuges.

---

[7] Art. 1787.

Los efectos que dimanan de la declaración de culpabilidad son:

— El cónyuge culpable o principal culpable no puede recibir en la liquidación de los bienes matrimoniales más de lo que recibiría de haber sido contraído el matrimonio en régimen de "comunhâo de adquiridos" (8).

— El cónyuge culpable o principal culpable pierde todos los beneficios recibidos o que tuviera que recibir del otro cónyuge o de un **tercero** por razón del matrimonio. Por el contrario, el cónyuge inocente, o el que no sea principal culpable, conserva los beneficios recibidos o que hubiera de recibir del otro o de un tercero, aun cuando se hubieren estipulado bajo condición de reciprocidad. Además, la renuncia a tales beneficios, habiendo hijos del matrimonio, sólo podrá hacerla en favor de los hijos.

— Por último, el cónyuge declarado único o principal culpable, debe indemnizar al otro los daños no patrimoniales que le produzca la disolución del matrimonio. Esta pretensión indemnizatoria debe ser deducida simultáneamente con la petición de divorcio (9).

Dada la trascendencia económica que puede tener la declaración de cónyuge culpable, el Código Civil portugués concede legitimación a los herederos del cónyuge que fallezca durante la tramitación del pleito para continuarlo a efectos de obtener tal declaración o la contraria (10).

VII. EFECTOS DEL DIVORCIO

Aparte de las consecuencias asociadas con la declaración de culpabilidad que ya hemos visto, y de las medidas definitivas acordadas por el Juez, la sentencia de divorcio produce el efecto fundamental de disolver el matrimonio con efecto a partir de la fecha de su firmeza. Los efectos patrimoniales se retrotraen al momento de la interposición de la demanda, pero frente a terceros sólo son oponibles desde la inscripción de la sentencia en el Registro Civil.

Excepcionalmente, cuando la sentencia se funde en la ruptura de la convivencia, cualquiera de ellos puede pedir que los efectos se retrotraigan a la fecha en que la sentencia declare que cesó la cohabitación.

---

(8) La "comunhâo de adquiridos" portuguesa es muy parecida a nuestro sistema de gananciales, y al igual que éste es el régimen legal supletorio en defecto de capitulaciones.

(9) La reparación de los daños morales es muy difícil de conseguir en la práctica.

(10) Art. 1785.3.º: El derecho al divorcio no se transmite por muerte, pero la acción puede ser continuada por los herederos del actor a efectos patrimoniales, principalmente los derivados de la declaración prevista en el art. 1787, si el actor fallece durante la pendencia de la causa; para los mismos efectos, puede la acción continuarse contra los herederos del demandado.

A consecuencia del divorcio se pierden los derechos hereditarios que la ley concede en la herencia del cónyuge. Pero mantienen su validez las instituciones o mandas testamentarias ordenadas en un testamento no revocado.

Mención aparte merece el tratamiento de la vivienda familiar cuando la misma es propiedad de ambos cónyuges o de uno sólo de ellos. En tales casos el tribunal puede darla en arrendamiento a cualquiera de los cónyuges, para lo que tendrá en cuenta sus respectivas necesidades y las de sus hijos. Este arrendamiento se rige por las disposiciones comunes de los arrendamientos de viviendas, pudiendo el tribunal dictar condiciones especiales del contrato, y también darlo por terminado por circunstancias sobrevenidas, a petición del propietario, cuando lo estime justificado (11).

VIII. COMENTARIOS FINALES

La regulación del divorcio que acabamos de resumir aventaja a la nuestra en varios aspectos:

— Admite con realismo que no todas las causas de divorcio son objetivas, y consiguientemente introduce un tratamiento jurídico diferencial para el divorcio culpable. Ello permite un tratamiento más claro de las "compensaciones" que se deben los divorciados —alimentos e indemnización de daños personales en determinados casos— y una mejor armonización de los fundamentos del divorcio con las causas de indignidad para suceder y la pérdida de los derechos hereditarios (12).

— La fórmula portuguesa de atribuir al Registro Civil la competencia para tramitar los divorcios consensuales cuando el matrimonio no tiene hijos o los que tienen están ya emancipados, terminará por imponerse en España ya que ninguna utilidad tiene para las partes incurrir en los gastos e inconvenientes de un simulacro de contienda judicial, para lo que es esencialmente un trámite de jurisdicción voluntaria (13).

— El mandato al Juez para que intente buscar una composición de intereses entre los cónyuges cuando anuncian su divorcio —un rasgo de la legislación

---

(11) Art. 1793.

(12) Cuestión que el legislador español de 1981 ha rehuido tapándose los oídos, pues ahí sigue el art. 834 que claramente admite la separación "culpable", lo que hubiera exigido un tratamiento procesal explícito de la declaración de culpabilidad, y la posibilidad de continuar el proceso los herederos del cónyuge fallecido, o contra ellos, a efectos de determinar si la separación ha sido fortuita o imputable a uno o a los dos cónyuges.

(13) Cfr. Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981.

portuguesa de inspiración anglosajona—, responde a una necesidad ampliamente sentida en la práctica, en evitación de demandas de divorcio frívolas, precipitadas, o atizadas desde fuera por terceros, así como para "quitar hierro" en muchas contiendas matrimoniales mal aconsejadas y peor planteadas, con olvido de que cuando los litigantes tienen hijos pequeños y responsabilidades comunes es ilusoria la idea de ganar el pleito: hay que procurar entenderse.

Tribuna Abierta

ESTA SECCIÓN PRETENDE SER UN FORO PERMANENTEMENTE ABIERTO, DONDE TODOS LOS LECTORES PUEDAN PARTICIPAR ACTIVAMENTE COMENTANDO EN ARTÍCULOS BREVES TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA, COMENTARIOS DE SENTENCIAS, ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS, ETC.

EN LAS CARTAS MECANOGRAFIADAS CONSTARÁ LA FIRMA, EL DNI, LA DIRECCIÓN Y UN TELÉFONO DE CONTACTO. DEBERÁN SER ENVIADAS A EDITORIAL LEX NOVA, C/ GENERAL SOLCHAGA N.º 48, 47008 VALLADOLID; LA DIRECCIÓN DE LA REVISTA SE RESERVA EL DERECHO A EDITAR LAS CARTAS POR RAZONES DE ESPACIO Y CLARIDAD.

EL MARCO JURÍDICO DE LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR

José Luis Utrera Gutiérrez.

Magistrado.

Tras casi veinte años desde la entrada en vigor de la Ley 30/81 o Ley de divorcio, se afianza cada vez más en quienes operamos en el campo del Derecho de Familia una clara insatisfacción sobre los instrumentos procesales que el ordenamiento jurídico ofrece para la pacificación y resolución de los conflictos derivados de las rupturas familiares y sometidos a la consideración de los Jueces.

El proceso contencioso de separación o divorcio regulado en dicha Ley o las normas procesales de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre ejecución de sentencias son claramente insuficientes para resolver con una mínima calidad el entramado de conflictos que subyace bajo toda ruptura familiar. En efecto, el carácter personalísimo de las relaciones sobre las que se actúa, o su propia naturaleza dinámica que las hace evolucionar al compás del proceso, incluso agravándose las más de las veces por culpa de éste, o la presencia de menores que no siendo parte procesal representan unos intereses necesitados de especial protección, son algunas de las características de unos conflictos que exigen algo más que soluciones procesales, muy especialmente cuando se hace una apuesta decidida por la Justicia como servicio público de calidad.

La insatisfacción apuntada alcanza quizás su mayor grado cuando el Juez de Familia se enfrenta ante un incumplimiento real o previsible del régimen de visitas fijado con el progenitor no custodio, transformándose en muchos de

estos casos en clara impotencia procesal para hacer ejecutar lo juzgado, esto es, que el menor pueda relacionarse satisfactoriamente con dicho progenitor.

En efecto, ante el incumplimiento real o supuesto del correspondiente régimen de visitas, el Juez se encuentra con las siguientes dificultades:

a) En primer lugar un problema de prueba. ¿Hay incumplimiento real?, ¿quién incumple?, ¿cómo incumple?, ¿por qué se incumple?, son algunas de las preguntas esenciales a responder para poder realizar una radiografía judicial precisa del incumplimiento. Dado el marco en el que se desarrolla el régimen de visitas (fines de semana, en un ámbito privado, con testigos inexistentes o de dudosa credibilidad), al Juez le resulta difícil dar verosimilitud a una de las dos versiones que frecuentemente se le ofrecen sobre el conflicto.

b) En segundo lugar y aun cuando se consiga una buena radiografía del incumplimiento y pueda diagnosticarse la patología, el vademécum procesal que se le ofrece al Juez es bastante escaso para lograr el cumplimiento deseado: requerimiento al progenitor incumplidor, oficio a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, entrega forzosa del menor en el Juzgado, testimonio al Juzgado de Instrucción por desobediencia y poco más. Tales remedios se manifiestan claramente insuficientes cuando no inapropiados para su fin habida cuenta que la ejecución tiene por objeto una relación personalísima progenitor-hijo, que como todas las relaciones humanas difícilmente puede imponerse en forma coactiva.

c) Finalmente, el hecho de que sean menores los principalmente afectados en estos incidentes procesales, cuyo interés es prioritario (art. 2 de la Ley Orgánica 1/96), requiere en la mayoría de los casos que el Juez "module" tales intervenciones a fin de no generar más perjuicios al menor que los ya sufridos por el propio incumplimiento, especialmente cuando hay una resistencia inicial del menor al cumplimiento voluntario.

Las anteriores carencias pueden extenderse a otros supuestos menos habituales pero de gran trascendencia, como son aquellos en los que el régimen de visitas debe ser controlado por existir un posible riesgo para el menor (alcoholismo o drogadicción del progenitor no custodio, sospechas de abusos o malos tratos). También aquí el Juez de Familia se encuentra con claras insuficiencias para articular las cautelas necesarias y en definitiva para mantener un régimen de visitas pero garantizando que el menor no corra peligro alguno.

Frente a la situación descrita, ha de reconocerse que la aparición de los Puntos de Encuentro Familiar, como experiencia consolidada en muchos países y en expansión en el nuestro, ha transformado notablemente el panorama descrito, ofreciendo solución a muchos de los problemas expuestos.

La derivación del cumplimiento de un régimen de visitas con intervención del PEF puede acordarse en la resolución inicial que fija dicho régimen (auto de medidas previas o provisionales, sentencia, auto de jurisdicción voluntaria en parejas de hecho) cuando exista certeza de que van a existir problemas en su desarrollo. Resulta conveniente y con la finalidad de no colapsar ese recurso que el Juez y el Equipo Psicosocial hagan un primer juicio de valoración sobre la necesidad real de tal derivación. El fundamento jurídico para acordar la derivación inicial ha de buscarse en el artículo 94 del Código Civil que al referirse a la fijación del régimen de visitas con el progenitor no custodio o conviviente habitual faculta al Juez para determinar el tiempo, modo y concretamente el lugar de ejercicio de tal derecho. Igualmente, por lo que se refiere a las parejas de hecho, entiendo que el artículo 158 del Código Civil permite al Juez adoptar una resolución similar.

Así mismo, puede el Juez, en ejecución de la resolución que fijó el régimen de visitas y constatados incumplimientos importantes, acordar dicha derivación, con apoyo igualmente en el precitado artículo 158 y en los artículos 923 y 924 de la LEC que facultan al Juez en los supuestos de incumplimientos de prestaciones de hacer a ejecutarlas empleando para ello los medios necesarios.

La resolución judicial acordando la derivación del régimen de visitas al PEF debe tener al menos el siguiente contenido:

a) Una motivación suficiente respecto a la causa por la que se adopta la medida, habida cuenta que la misma supone una excepción en cuanto al lugar normal de entrega y recogida del menor que suele ser su domicilio habitual, debiendo cuidarse más aún tal motivación si se trata de una visita tutelada en el PEF.

b) Una descripción concreta del tipo de intervención que se pide al PEF, especificando si el menor no puede salir del centro, en su caso si el régimen de visitas es rígido o puede modularse por el PEF, así como si caben acuerdos entre las partes sobre el desarrollo del mismo. Dicha concreción, y sin perjuicio de que pueda suministrarse al PEF una mayor información en la correspondiente ficha de derivación, es importante pues delimita el campo de actuación del PEF e incluso hipotéticas responsabilidades.

Entiendo que no existe obstáculo legal para que en la propia resolución judicial se concrete la obligación de los usuarios de respetar las normas de régimen interior que regulen dicho centro, siempre que se hayan puesto en conocimiento previo de Juzgado, pues parece que el modo “término” que emplea el precitado artículo 94 del Código Civil ampara tal facultad que incluiría la observancia de determinadas normas de conducta, en este caso las relativas a la forma de desarrollar las visitas en el PEF, normas que en definitiva se adoptan en beneficio del menor.

Igualmente debe incluirse en dicha resolución judicial la obligación por parte de la persona responsable del PEF de informar al Juzgado de las incidencias relevantes que se produzcan en el cumplimiento del régimen de visitas fijado, o en su caso con una determinada periodicidad.

Finalmente, y para concluir con este apartado, hacer una breve mención a los supuestos, escasos pero que comienzan a darse en los Juzgados de Familia, en los que las propias partes en los procesos consensuales y en el correspondiente convenio de separación, divorcio o modificación pactan la intervención del PEF en el desarrollo del régimen de visitas. Estimo que tampoco habría inconveniente en aprobar dicha cláusula, si bien y al igual que en los demás supuestos, el Juez, previa acreditación de las partes, debe valorar la necesidad de tal intervención con la finalidad de que la utilización del PEF esté justificada y se eviten meros supuestos de comodidad que colapsarían tal recurso.

La facultad de derivación por el Juez de las visitas al PEF ha tenido ya un primer reconocimiento jurisprudencial mediante sentencia de la AP de Barcelona, Sección 12.ª, de fecha 7 de marzo de 2000, sentencia de la que ha sido ponente D. Pascual Ortuño. En Francia ha habido alguna resolución sobre los PEF; concretamente la Corte de Apelación de Bourges, en sentencia de 18-X-94, revocó la resolución del Juez de Familia que derivó a unos padres al PEF y otorgó al centro la facultad de articular progresivamente un derecho de visitas, informando al Juzgado sobre su desarrollo después de tres sesiones; el tribunal de segunda instancia entendió que encargar al PEF la organización del derecho de visitas sin fijar el Juez de instancia las modalidades, frecuencia y duración suponía delegar en tal institución un poder jurisdiccional que solo correspondía al Juez.

Respecto a la articulación de la relación jurídica del PEF con el Juzgado, entiendo que ésta se sustenta en el artículo 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la obligación de todas las personas y entidades públicas y privadas, en la forma que la Ley establezca, de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. Sin perjuicio de que sería deseable la existencia de una legislación estatal o autonómica sobre los Puntos de Encuentro Familiar, considero que el citado precepto es suficiente por el momento para que los Jueces podamos pedir la colaboración de cualquiera de los PEF, no solo de nuestra ciudad, en los supuestos que estamos comentando. A este respecto parecería deseable que constituido un PEF en una localidad se dirija escrito al Decanato o Juzgado de Familia comunicando su puesta en funcionamiento, servicios que presta, horarios y Reglamento de Régimen Interior si lo hubiese, así como entidad o personas responsables. El Decanato o Juzgado dictará acuerdo gubernativo acusando recibo y tomando conocimiento de su puesta en funcionamiento, así como trasladándolo en su caso a los Juzgados a fin de que puedan hacer uso de sus servicios.

Los informes que emite el PEF sobre incidencias en el régimen de visitas deben tener acceso a los autos como documentos que se adjuntan con el correspondiente informe de seguimiento de los Equipos Psicosociales, debiendo darse vista a las partes para que interesen lo que a su derecho convenga, salvo que el Juez y por la urgencia del caso adopte medidas de oficio, teniendo su fundamentación el traslado a las partes en la necesidad de preservar el principio de contradicción que informa nuestro proceso civil.

Parece igualmente deseable por razones de eficacia y coordinación que toda la relación entre el Juzgado y el PEF pase a través del equipo psicosocial correspondiente, tanto mediante la correspondiente ficha de derivación como de los informes posteriores de seguimiento, extremos estos sobre los que abundarán otras ponencias.

Es necesario hacer mención también al deber de reserva del personal del PEF respecto a los datos que se generan por la derivación del cumplimiento del régimen de visitas y sus intervenciones posteriores o, dicho en otras palabras, del posible acceso a los mismos por otras personas o entidades y concretamente por las administraciones públicas financiadoras de los PEF. Cuestión ésta no meramente teórica, pues puede ocurrir que ante las quejas públicas de ciertos usuarios, que al constatar la eficacia de los PEF ven frustrado su propósito de privar al otro progenitor del derecho de visitas normalizado, las administraciones quieran obtener datos concretos sobre cómo se desarrolla una determinada intervención. A este respecto ha de partirse de un principio que parece claro: la intervención del PEF se produce en el marco de la ejecución de una resolución judicial en un proceso de familia, cuya publicidad está restringida conforme a la DA 8.ª de la Ley 30/81, al señalar que las diligencias, audiencias y demás actuaciones en los procesos de nulidad, separación y divorcio no tendrán carácter público, principio que aunque más matizado parece seguir inspirando el artículo 754 de la nueva LEC. Por tanto entiendo que los profesionales de los PEF no deben facilitar información sobre los datos que posean a terceras personas o entidades que no sean las partes procesales, todo ello con independencia de los datos de carácter general o estadísticos que en nada vulneren el deber de reserva.

Para concluir, una consideración final dirigida especialmente a las administraciones públicas. Desde la experiencia que da el haber conocido los costes personales y psicológicos para las partes de los procesos de ruptura familiar, antes y después de la implantación de un Punto de Encuentro Familiar, puedo afirmar que pocos recursos sociales son más rentables social y económicamente que los PEF, pues no deben minusvalorarse las repercusiones de todo tipo que una separación conflictivizada genera tanto en los progenitores como sobre todo en los hijos que la sufren. En ese sentido toda apuesta que se haga desde las administraciones públicas e instituciones privadas por potenciar los instrumentos que, como los PEF o la mediación familiar, tienden a “normalizar” esos

procesos de reconversión familiar eliminando costes, y pido disculpas por el empleo de una terminología económica referida al tema que nos ocupa pero que no está de más cuando se habla de gestionar recursos públicos, será una inversión rentable a medio plazo en términos no solo sociales sino también presupuestarios, y sobre todo servirá muy eficazmente a que los Jueces demos cumplimiento al mandato constitucional de poder ejecutar lo juzgado, en este caso que los hijos menores de padres separados puedan ejercer su derecho a relacionarse con el progenitor con quien no conviven habitualmente, derecho fundamental del menor reconocido así expresamente en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño firmada por España, en cuyo artículo 9.3 se señala que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

REFLEXIONES EN TORNO AL ARTÍCULO 518 DE LA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y SU INCIDENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

M.ª José Vergara Pérez.

Abogada. Delegada de la Asociación Española de abogados de familia en Málaga.

I. INTRODUCCIÓN

A estas alturas del año no hemos tenido más remedio que tomar conocimiento de la existencia de la futura Ley de Enjuiciamiento Civil. Sabemos los cambios tan drásticos que va a conllevar, así como los esfuerzos que va a suponer a todos los operadores judiciales, muy especialmente en el ordenamiento civil. Partiendo de la puesta en práctica de los principios de oralidad, inmediatez y concentración que la presiden, principios que ya era hora alcanzaran a esta jurisdicción.

Algunos autores se han preguntado cómo se va a denominar esta nueva ley, si va a ser conocida como la Ley del 2000, fecha de publicación o la Ley del 2001, por su entrada en vigor, frente a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. La llamaremos simple y llanamente Ley de Enjuiciamiento Civil, y nos referiremos a la otra como la antigua LEC, a la que en más de una ocasión echaremos de menos. A la mayoría lo que nos preocupa de ella van a ser los problemas

derivados de su práctica inminente, nos quedan pocos meses para su puesta en funcionamiento, aunque algunos o muchos incrédulos piensen que ello está lejos.

Ahora bien, frente a las muchas ventajas que en principio entendemos se pueden desprender de su cercana puesta en funcionamiento, a medida que profundizamos en su estudio nos encontramos con supuestos sorprendentes, cuya interpretación o praxis realmente nos resultan inquietantes. Preceptos que vulneran frontalmente la Constitución, por ejemplo: la elección salomónica que implica optar por el Recurso de Casación y el recurso extraordinario por infracción procesal (núm. 2 del artículo 478 de la futura ley Adjetiva Civil).

Dos son los procedimientos ordinarios que regula esta ley y tres especiales. Entre estos últimos, se encuentran los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, regulado en el Libro IV, Título I, capítulo I, artículos 748 y siguientes. Al regular estos procedimientos, como se indica en la Exposición de Motivos, "*se ha terminado así con una situación deplorable, lo que en ella debe estar, pero que hasta ahora se ha debido rastrear o incluso deducir de disposiciones superlativamente dispersas, oscuras y problemáticas*".

A pesar de la existencia de una regulación específica para estos procedimientos, lo que es de agradecer, es que por fin la Ley de Enjuiciamiento Civil se ocupe de ellos, pero hubiera sido aconsejable que existiera una ejecución específica para estos procesos y ello no es así, pues para el trámite de ejecución nos remite a las normas comunes a todos los procesos, y deja de ser un proceso especial para someternos a una ejecución ordinaria, sin tener en cuenta las numerosas particularidades que afloran en los procesos de familia, en todos sus fases, incluida la ejecución de las resoluciones judiciales que en ellas recaen.

II. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE MEDIDAS DICTADAS EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES Y DE MENORES

El artículo 776 de la LEC, relativo a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas dictadas en los procesos matrimoniales y de menores, nos remite para su ejecución a lo dispuesto en el Libro III de esta Ley, con ciertas especialidades, en caso de incumplimiento, que no vienen al caso: multas pecuniarias y modificación de la guarda y custodia.

Pues bien, si nos situamos en el Libro III, en cumplimiento de la remisión efectuada en el precepto invocado, nos encontramos con la ejecución forzosa y las medidas cautelares. En su Título I, capítulo primero, descubrimos una disposición que por sus efectos nos puede traer penosas consecuencias en estos procesos especiales; nos estamos refiriendo a su artículo 518.

La Exposición de Motivos de la Ley Enjuiciamiento Civil 1/2000 en su Motivo XVII, relativo a la ejecución forzosa, señala que ésta *presenta una regulación unitaria, clara y completa,* debería añadirse "y defectuosa". Continua esta Exposición indicando: *esta sustancial unidad de la ejecución forzosa, no debe impedir las particularidades que, en no pocos puntos, son enteramente lógicas.* Se echa en falta precisamente que no se hayan tenido en cuenta las peculiaridades de los procedimientos de familia en el trámite de ejecución forzosa derivados de la resolución que se dicte en ellos, los especiales intereses que se pretenden velar y la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y sobre todo jurídica a la familia y dentro de ésta, con carácter singular, a los menores, acorde con la tendencia generalizada de dotar estos intereses especialísimos de un marco jurídico de protección. Amparo legal que quiebra cuando se introducen reformas legislativas que dejan inoperativas las resoluciones judiciales.

III. EL ARTÍCULO 518 DE LA FUTURA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000

Otro de los preceptos de esta nueva Ley Procesal que entendemos vulneran nuestra Carta Magna es el artículo 518, conculcando el principio de tutela judicial efectiva en su vertiente contemplada en su artículo 24.1, ejecutar y hacer ejecutar las sentencias dictadas y al caso que nos ocupa las derivadas de los procedimientos matrimoniales. Lesión de un derecho fundamental, en tanto en cuanto establece un plazo de caducidad desde la firmeza de la sentencia que en muchos casos va a dejar inoperante y vacía la resolución dictada en los procedimientos correspondientes y muy especialmente en los procesos de familia, cuyos efectos podrían ser devastadores.

El invocado precepto objeto de este estudio, cuyo contenido pasamos a transcribir: *La acción judicial fundada en sentencia,* en resolución judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo de alcanzado en proceso o en resolución arbitral *caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia* o resolución. Sólo nos vamos a detener en el estudio de la acción judicial fundada en sentencia que caduca a los cinco años de su firmeza.

Una vez instada la ejecución de la sentencia, es obligado señalar que está expresamente excluida la caducidad de la instancia, la ejecución podrá proseguirse hasta conseguir el cumplimiento de lo juzgado, conforme a lo dispuesto en el artículo 239. Algo es algo, tenemos caducidad de la acción para instar la ejecución de sentencia, pero al menos no tenemos caducidad de la instancia.

IV. MEDIDAS ADOPTADAS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA Y MENORES AFECTADAS POR LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 518 DE LA LEC

Aunque nos parezca extraño no todas las resoluciones dictadas en estos procedimientos especiales van a estar tocadas de la caducidad.

De una lectura literal del precepto nos encontramos que la caducidad de la acción judicial de las Medidas dictadas en los procedimientos de familia y de menores solo y exclusivamente va a perjudicar a los procesos que terminen en sentencia, el resto de las Medidas adoptadas revistiendo la forma de Auto quedan excluidas de esta institución, la caducidad es una figura limitativa de derechos que debe ser aplicada con carácter restringido. Vamos a ver a continuación que no pocas son las Medidas Definitivas que van a adoptarse mediante Auto y otras que sí van a revestir la forma de sentencia. Tendremos en un futuro inmediato dos tipos de resoluciones que acuerden Medidas en los procesos de familia, unas serán fijadas mediante Auto y otras por Sentencia. Los efectos de la adopción de una u otra forma que en un principio debería ser irrelevante, va a conllevar unos efectos muy diferentes.

a) Las Medidas acordadas en el procedimiento de separación, divorcio, nulidad o en los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores; en definitiva los procesos derivados de las uniones de hecho con hijos menores de edad: En estos procesos las Medidas Definitivas van a revestir la forma de sentencia, como expresamente se recoge en el núm. 4 del artículo 774.

En los procedimientos consensuales también nos podemos encontrar con ciertas peculiaridades al objeto de este estudio. Veamos, si el convenio regulador aportado en los procedimientos solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro a tenor de lo prevenido en el artículo 777 es aprobado íntegramente por el Tribunal, el proceso va a terminar por sentencia.

El procedimiento consensual de Modificación de Medidas Definitivas se tramitará igualmente como el apuntado anteriormente, adoptando una vez dictada la resolución final la forma de sentencia, por remisión del núm. 2 del artículo 775 al precepto citado, el 777.

En estos tres supuestos, ya sean contenciosos o consensuales, en los que se aprueba íntegramente la propuesta de convenio regulador, les será de aplicación el artículo 518 trascrito.

b) Van a estar excluidos de la aplicación de la caducidad las Medidas definitivas dictadas en los procesos sobre Modificación de Medidas. El artículo 775, en su apartado 2, dispone que las peticiones sobre Modificación de Medidas se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 771 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil 1/2000. Precepto que regula a su vez el trámite a seguir para la adopción de las Medidas Provisionales previas, que como decimos es el mismo que se va a seguir en la Modificación de Medidas Definitivas por la remisión efectuada, en su apartado 4 (artículo 771), donde se dispone que el Tribunal resolverá mediante Auto. Es decir la Modificación de las Medidas Definitivas no se verá afectada por ningún plazo de caducidad al finalizar este procedimiento por Auto. Pero cuidado, porque para que no les afecte, el procedimiento de Modificación de Definitivas ha de ser contencioso y no consensual.

Ahora bien, si la propuesta de convenio regulador aportada a los procedimientos consensuales no es aprobada en parte o en su totalidad, el tribunal dictará Auto resolviendo lo procedente sobre la Medida o Medidas excluidas de la sentencia.

Por último, en las demandas en solicitud de eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, si se solicita la adopción o modificación de medidas se substanciará siguiendo los trámites previstos en el artículo 775, que como ya hemos visto en el apartado que precede nos remite a su vez al artículo 771 de la nueva LEC, procedimiento que termina mediante Auto.

Los tres supuestos contemplados tampoco estarán sometidos a ningún plazo de caducidad, ya que esta institución tiene, insistimos, un carácter de aplicación restringida.

Nos vamos a encontrar con dos tipos de resoluciones, unas castigadas inexplicablemente por caprichos del legislador con la caducidad y otras tocadas de la suerte, privilegiadas, en definitiva, por estar excluidas de ella, siendo el elemento diferenciador la forma adoptada en la resolución que ponga punto final al proceso.

V. LA CADUCIDAD, LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA, NOTAS DIFERENCIADORAS ENTRE AMBAS FIGURAS

Antes de continuar, creemos que debemos detenernos aquí y analizar la caducidad, la prescripción extintiva y las diferencias entre ambas instituciones, para poder extraer nuestras propias conclusiones y el alcance, en definitiva, del precepto cuestionado.

a) La caducidad

Fundamento: Es una institución que guarda una extraordinaria similitud con la prescripción extintiva, de la que hablaremos más adelante, institución que no fue regulada en nuestro Código Civil de 1889, pero que ha visto su consagración definitiva primero en nuestra doctrina de principios de siglo y

posteriormente, a partir de la jurisprudencia de los años cuarenta. El concepto de caducidad fue introducido doctrinalmente en España por ALAS, DE BUEN y RAMOS, quieres a su vez la recogieron de la doctrina alemana e italiana, publicando en el año 1918 una obra titulada *De la prescripción extintiva,* cuyo capítulo IV está dedicado a individualizar y diferenciar los conceptos de la prescripción extintiva y de la caducidad. Dos son las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo que por primera vez recogen la figura de la caducidad y advierten sobre las diferencias con la prescripción extintiva, nos estamos refiriendo a las sentencias de fecha 27 y 30 de abril de 1940.

Definición: la caducidad o decadencia es la extinción de un derecho que ya nace con un plazo de duración limitada, de manera que al haber transcurrido el lapso de tiempo previsto, el derecho quedará necesariamente extinguido. La caducidad responde a una situación temporalmente delimitada de antemano, de manera que se sabe cuándo se iniciará y al propio tiempo cuándo terminará, por ello se ha dicho que la caducidad es un hecho simple, de fácil comprobación y puro automatismo, que puede quedar comprobada sin necesidad de litigio.

La caducidad o decadencia de los derechos tiene lugar cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo (fatal) para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido ese término o plazo no puede ser ya ejercitado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 24 de junio de 1968 que hay caducidad o decadencia de un derecho cuando la ley o la voluntad de las particulares señalan un término fijo para el ejercicio de un derecho, de modo que transcurrido el término, el interesado queda impedido para el ejercicio de la acción, atendiendo la caducidad sólo al hecho objetivo de la inactividad dentro del término de rigor prefijado. Más recientemente la sentencia de 22 de mayo de 1990 añade que tratándose del instituto de la caducidad, una constante doctrina jurisprudencial viene reconociendo su actuación automática, siempre apreciable de oficio, de tal manera que opera *ex lege* para determinar la pérdida de un derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo señalado por la ley, sin que las partes y los Tribunales puedan contener su actividad y consecuencias extintivas, que se producen por el mero transcurso del tiempo.

Clasificación: Según Federico A. RODRÍGUEZ MORATA, se clasifican:
1) En atención a sus caracteres, existen dos tipos de caducidad, la propia y la impropia. La primera es aquélla que reúne todos los requisitos o caracteres específicos de esta institución. Que volviendo al núcleo central de este estudio sería la contemplada en el artículo 518 de la nueva Ley Adjetiva Civil. En estos casos la caducidad se desenvuelve como una institución cuyo origen es exclusivamente legal, caracterizada por las siguientes notas: la imposibilidad de interrupción y de suspensión, la apreciación de oficio por los Tribunales, la irrenunciabilidad y la posibilidad de ser evitada por la realización de un determinado acto impeditivo de la caducidad. La caducidad impropia es aquélla cuyo plazo

extintivo no cumple alguno de los requisitos o caracteres propios de la caducidad, entre los que están: la caducidad convencional, la llamada caducidad atenuada, la ley concede a los particulares ciertas facultades para modificar el plazo legalmente fijado y en especial para ampliarlo; la llamada "caducidad tipo término" o "simple temporalidad"; por último, cualquier otro supuesto que, siendo de caducidad, impusiera una derogación o inaplicación de alguno de los caracteres propios o esenciales de esta figura.

2) En atención a su origen, la doctrina jurisprudencial vienen señalado que la caducidad puede ser legal o convencional, según esté establecida por la ley o por los particulares. Según ALBALADEJO la caducidad convencional solo podría ser planteada respecto de los derechos o facultades disponibles, pues tratándose de derechos o facultades indisponibles hay que rechazar que los interesados puedan modificar lo dispuesto por la ley sobre su caducidad. Siendo de criterio contrario a la posibilidad de alargar los plazos de caducidad legal.

R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ estima que la caducidad puede ser interrumpida por acuerdo entre las partes y basa esta opinión en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 1979, en la que por primera vez se admite la prórroga del plazo de caducidad; se trata, dice, de la figura que es denominada pacto de *extension of time-limit,* pacto muy frecuente en la práctica jurídica inglesa. Así mismo cita la sentencia también del Tribunal Supremo en la que, según este autor, ya no cabe la menor duda de la admisión de la ampliación de los plazos de la caducidad por acuerdo entre las partes, plazo que puede ser convencionalmente pactado por ellas. Aunque según Bernardo GÓMEZ CORRALIZA algunas sentencias admiten la prórroga convencional de un plazo legal calificado por el propio Tribunal Supremo de caducidad, hipótesis que este autor califica de verdaderamente excepcional. Existen dos líneas doctrinales diferenciadas respecto a si los plazos de caducidad puedan también establecerse o definirse por voluntad de las partes. Es más, estos autores, entre los que se encuentran CASTÁN ALBALADEJO, PUIG BRUTAU, GARCÍA AMIGO, etc. indican como nota diferenciadora de la prescripción extintiva que los plazos tienen un origen legal mientras en la caducidad éstos pueden ser legales o convencionales. Frente a la concepción permisiva de la llamada caducidad convencional, otro sector doctrinal mantiene una posición contraria a la indicada, basada en razones técnicas e institucionales. Como representante máximo de esta tendencia se encuentra DE CASTRO, para el que el término de caducidad queda reservado solo y exclusivamente a la caducidad legal.

Es curioso que los fundamentos o justificación de la caducidad en términos generales, como ya veremos, operan a la inversa en el derecho de familia, tal y como está redactado el artículo 518 de la nueva LEC. Según Federico A. RODRÍGUEZ MORATA la fundamentación de la caducidad se refiere a derechos o facultades dirigidas a cambiar un estado, situación o relación jurídica. Desde su nacimiento originan una situación de duda, incertidumbre y amenaza,

contrario por ello a la seguridad jurídica. Por tanto la causa que justifica la existencia de la caducidad es siempre la necesidad de poner fin a una situación jurídica de incertidumbre, esto es, en la necesidad de ofrecer a la comunidad "seguridad jurídica", así lo recogen las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de septiembre de 1950, 30 de mayo de 1984 y 18 de diciembre de igual año. Es una institución modelada por el interés general y público, con lo que son congruentes la posibilidad de ser apreciada de oficio, la no interrupción de los plazos y la imposibilidad de modificar éstos por los afectados. Estamos viendo que si en los procedimientos de familia se aplica el actual concepto doctrinal y jurisprudencial de caducidad en los conceptos de seguridad jurídica el interés general y público que la caducidad protege actúan en contra de estos mismos principios, porque evidentemente no crea seguridad jurídica que no se puedan ejecutar unos pronunciamientos definitivos, que en la mayoría de los supuestos son de interés general, por aplicación de una caducidad absurda al ámbito de familia, ya veremos los supuestos tan penosos, si se me permite la expresión, que van a operar con la caducidad.

b) La prescripción extintiva

Definición: La prescripción es una forma de extinción de acciones para la defensa de un derecho cuyo origen está en lo que la doctrina ha llamado silencio de la relación jurídica; es una figura estrechamente conectada con la idea de seguridad jurídica, porque, para garantizarla, puede llegar a permitir la consolidación de situaciones que en su origen eran contrarias a la ley. En el seno del instituto de la prescripción se da un equilibrio entre la seguridad jurídica y las de justicia material.

Fundamento: Nuestra jurisprudencia encuentra el fundamento de la prescripción en la presunción de abandono de la acción por parte del que no reclama, sentencias del Tribunal Supremo de fecha 9 de noviembre de 1954 y 26 de abril de 1982. Las acciones prescriben, conforme a lo dispuesto en el artículo 1961 del Código Civil, por el mero lapso del tiempo fijado por Ley.

Ello implica, en algunos casos, que haya que acreditar la presunción de abandono y en otros que se trata de una presunción legal, de forma que es posible aportar prueba en contrario del supuesto abandono. Prueba en contrario al abandono sería la interrupción del plazo prescriptivo tanto por su reclamación extrajudicial, el ejercicio ante los tribunales o, en último caso, por el reconocimiento de la deuda por el deudor (artículo 1973 del Código Civil).

Cómputo: A tenor de lo recogido en el artículo 1969 y siempre que no se disponga otra cosa, se inicia desde el momento en que pudieron ejercitarse.

Por último, la prescripción, como excepción perentoria renunciable, no cabe su apreciación de oficio, para ser acogida ha de ser oportunamente alegada en la fase inicial de la instancia, siendo inadmisible plantearla en casación como

cuestión nueva. (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1948 y más recientemente las de 27 de mayo de 1991 y 11 de octubre de 1997).

c) Relación entre caducidad y prescripción extintiva

La relación y diferencia entre la prescripción extintiva y la caducidad o decadencia de los derechos son tan profundamente estructurales que configuran dos instituciones independientes. Pasemos a relacionar estas diferencias:

1) Por su origen: La caducidad puede proceder de un acto jurídico privado de la ley, la prescripción sólo deriva de la ley.

2) Por razón de sus caracteres: los plazos de caducidad, al contrario que en la prescripción, no son susceptibles de interrupción y así lo afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1978. Mientras que la prescripción y conforme a lo dispuesto en el artículo 1973 se interrumpen por su ejercicio, reclamación judicial o extrajudicial.

La prescripción admite suspensión, tanto legal como convencionalmente, mientras los plazos de la caducidad como regla general no son susceptibles de suspensión.

La caducidad actúa de forma automática y a diferencia de la prescripción es apreciable de oficio por los Tribunales, por su amparo del orden público.

En la caducidad está presente con mayor frecuencia que en la prescripción la noción de orden público, no se admite su renuncia. Ni siquiera en los casos en que la caducidad afecte a materia disponible podrá ser renunciada, así por ejemplo se podría renunciar a la caducidad derivada de las pensión compensatoria pero no así sobre el derecho a la guarda y custodia de los menores. Es indiferente, en ambos casos, sea materia disponible o indisponible, no se puede renunciar a ella.

3) Por sus efectos. La prescripción mientras que no sea invocada no produce realmente la extinción del derecho sino que deja a este en una situación precaria y de especial debilidad consistente en no poder ser judicialmente exigido, aunque podrá ser válidamente opuesto si el sujeto pasivo lo acató voluntariamente. Por el contrario, la caducidad extingue plena y radicalmente el derecho o la acción de que se trate. En cambio, en ambas instituciones el efecto principal o propio opera de modo automático, esto es *ipso iure.*

4) Por el distinto interés jurídicamente protegido: en la prescripción se protege sobre todo un interés particular muy concreto: el interés de la persona de no verse expuesta a reclamaciones antiguas. En la caducidad, en cambio, se protege el interés general en una pronta incertidumbre de la situación pendiente de la facultad de modificación.

5) Mientras que en la prescripción el plazo interrumpido comienza nuevamente a contarse, en la caducidad este plazo no se interrumpe, sino que excepcionalmente y en los casos que la ley, o en su caso las partes, lo permitan se suspende, y su cómputo no se reinicia, sino que se reanuda por el que reste.

A la vista de los comentarios doctrinales sobre la caducidad, la prescripción extintiva y las diferencias entre ambas instituciones, lo coherente hubiera sido que el legislador hubiera hablado en el artículo 518 de la futura LEC de prescripción en lugar de caducidad. Inicialmente se pensó en una errata o en un error de redacción. Sin embargo el día 14 de abril de este año se publicó en el Boletín Oficial del Estado la corrección de los errores advertidos en la Ley 1/2000 sin que se modifique el precepto citado. Nos guste o no, las ejecuciones de sentencias están sometidas al plazo de caducidad de los cinco años, con los efectos relacionados.

En los comentarios que efectúa Bernardo GÓMEZ CORRALIZA sobre la caducidad atenuada o caso excepcional de prórroga de un plazo de caducidad por acuerdo de las partes, sin querer profundizar este autor en el tema, admite la posibilidad de que las partes prorroguen el plazo de caducidad, sin que esta doctrina pueda ser generalizada en manera alguna a todos los casos de caducidad y como criterio orientador puede acogerse el apuntado por ALBALADEJO en el sentido de que si se trata de un plazo de caducidad establecido en materia indisponible hay que rechazar que los interesados puedan modificar lo dispuesto en la ley sobre caducidad. Este es el criterio que preside el artículo 2968 del Código Civil italiano según el cual: “las partes no pueden modificar la disciplina legal de la caducidad misma, si esta está establecida por la ley en materia sustraída a la disponibilidad de las partes”. No debe recibir igual tratamiento un acuerdo para prorrogar un pacto de caducidad dentro del cual se puede pedir la resolución de una venta por un vicio redhibitorio o para exigir responsabilidad derivada de un transporte marítimo o para pedir el cumplimiento de una sentencia derivada de un procedimiento familiar. Es obvio que los intereses en juego en unos y otros casos no son los mismos y tampoco está de igual modo presente la noción de orden público, hoy interés público, en unos u otros. Ello determinará la admisibilidad de unos convenios y la radical prohibición de otros. Y en caso de duda si la materia es disponible o no los Tribunales tendrán la última palabra y habrá que analizar cada supuesto. Otras cuestiones que podrían plantearse al hilo de la sentencia de fecha 25 de mayo de 1979 serían no ya prorrogar mediante convenio la caducidad sino interrumpir o suspender un plazo de caducidad. En estos casos, admitir la suspensión o interrupción de los plazos de la caducidad choca doctrinalmente con el instituto de la caducidad, dejando sin contenido o desnaturalizando el instituto de esta figura. Tesis negativa a la suspensión o interrupción de la

caducidad que no solo alcanza a los supuestos de indisponibilidad de derechos, sino incluso con relación a materias disponibles.

VI. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA APLICACIÓN REALIZADA POR LOS TRIBUNALES DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

El derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y magistrados alcanza al derecho de ejecución de las resoluciones dictadas, siéndole aplicable el principio *pro actione* que inspira otras manifestaciones del artículo 24.1 de nuestra Constitución Española. La decisión de no ejecución se ha de apoyar en la concurrencia de una causa prevista por una norma legal, pero interpretada a su vez en el sentido más favorable a tal ejecución. La admisión de causas obstativas a la ejecución debe ser examinada con las mayores cautelas, sin que sea constitucionalmente válida la inejecución o la no resolución sobre el fondo de la pretensión de ejecución, salvo que así se decida expresamente en resolución motivada en aplicación de una norma legal y no interpretada restrictivamente. La denegación de la ejecución no puede ser, pues, arbitraria ni irrazonable ni fundarse en una causa inexistente ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental, así se expresa la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de fecha 3 de mayo de 1993 núm. 151/93, Recurso de Amparo núm. 1094/1990, en un procedimiento laboral en que se insta la ejecución de una sentencia dictada y de contrario se alega la caducidad; nuestro Alto tribunal deniega el amparo y confirma el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que denegaba la ejecución de la primitiva sentencia de instancia al estimar la caducidad operada sobre ella.

La aplicación realizada por los Jueces y Tribunales de los plazos de prescripción y caducidad solo adquiere, por excepción, relevancia constitucional y solo en cuanto atenta a la tutela judicial efectiva del núm. 1 del artículo 24 de la Constitución Española. Su relevancia constitucional y su amparo vienen determinados en tres supuestos distintos:

a) En aquellos casos en los que dicha interpretación haga imposible en la práctica el ejercicio de la acción. (SSTC 262/1988, 47/1989 y 220/1993.)

b) Cuando en la determinación del plazo se incurra en un error patente. (STC 201/1992.)

c) Y, por último, cuando se apoye en un razonamiento puramente arbitrario o, lo que es igual, sencillamente absurdo como consecuencia de nuestra doctrina general sobre las resoluciones judiciales manifiestamente arbitrarias. (SSTC 89/1992, 245/1993, 322/1993 y 168/1997.)

VII. REGULACIÓN ACTUAL

En la actualidad, las medidas acordadas en los procedimientos de familia no tienen plazo de caducidad y, en todo caso, están sometidas a la normas reguladoras de la prescripción extintiva. Debemos recordar que el legislador de 1881 desconocía la caducidad, figura que comenzó a configurarse con la doctrina de principios de siglo. A estos efectos reseñamos el contenido extractado de diversas sentencias aplicables al caso que nos ocupa.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1989, que señala: debe mantenerse lo establecido en la sentencia recurrida de que la solicitud de abono de pensiones alimenticias efectuadas por la actora alcanza solamente a las correspondientes a los cinco años anteriores a la presentación del escrito, no produciendo la resolución recurrida infracción del artículo 1966 del CC, pues la prescripción que reconoce con relación a las pensiones alimenticias ya devengadas, se refiere a las que provengan del periodo de tiempo precedente a los indicados cinco años anteriores a la presentación del escrito.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 8 marzo de 1990, cuyo contenido establece: aunque el derecho genérico a obtener alimentos es imprescriptible, al ser algo que por ser una consecuencia del derecho a la subsistencia o a la propia vida está fuera del comercio de los hombres, sí está sujeto a prescripción el percibo de las pensiones alimenticias ya devengadas, como derechos patrimoniales del que a ellas tengan derecho, debiendo aplicarse el plazo prescriptivo de los cinco años expresamente establecido al respecto por el número 1 del artículo 1966 del Código Civil.

Y por último la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa de Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 28 de septiembre de 1992 dispone: La cuestión que plantea la esposa en el recurso se centra en la aplicación por el juzgado del artículo 1966 del CC con la consiguiente declaración de prescripción de las mensualidades devengadas anteriores a los cinco años, entendiendo la parte apelante que al reclamarse el cumplimiento de un derecho conferido por sentencia la acción prescribe a los quince años, entendiendo conforme a lo dispuesto en el artículo 1964 en relación con el 1971 ambos del Código Civil, tesis que procede acoger al ser aplicable la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la Sentencia de 15 de diciembre de 1908 y reiterada en sentencias de 22 de abril de 1915, 7 de julio de 1921 y 19 de febrero de 1952, según lo cual "cualquiera que sea la naturaleza de una acción deducida en juicio, la ejecutoria que en este recae constituye un nuevo y verdadero título con efectos en derecho, propios e inherentes a la misma, del que se deriva una acción de carácter personal para el cumplimiento de la resolución judicial distinta de la primitiva en que se basó la formulada en el pleito; y no habiendo fijado la ley plazo especial para el ejercicio de la referida acción, es manifiesto que el plazo

para la prescripción de la misma tiene que ser el de quince años a tenor de lo prevenido en el artículo 1964 del Código Civil relacionado con el 1971.

VIII. ALGUNOS SUPUESTOS PRÁCTICOS QUE SE PUEDEN VER AFECTADOS POR EL ARTÍCULO 518 DE LA LEY 1/2000

a) Sentencia dictada el 31 de enero del 2001, que adquiere firmeza el 15 de febrero de igual año. Sentencia que ha sido escrupulosamente cumplida hasta que el 28 de febrero del 2006 el cónyuge no custodio deja de abonar los alimentos en ella fijados como medida definitiva. Se ejercita la acción ejecutiva fundada en el título ejecutivo de la sentencia de condena firme (artículo 517.2.1.º de la repetida LEC) y nos encontramos con el absurdo de que la acción ejecutiva no puede ser despachada toda vez que han transcurrido más de cinco años desde la firmeza de la sentencia y la correspondiente demanda ejecutiva.

b) Sentencia (nunca auto) dictada en el proceso de separación que adquiere firmeza el día 20 de abril del 2002, en la que se adopta como Medida definitiva la atribución al padre de la guarda y custodia de la hija del matrimonio, que cuenta con un año de edad, por padecer la madre graves trastornos mentales. El 3 de mayo del 2008, persistiendo el estado de salud mental de la madre, ésta se lleva a la menor a vivir consigo. Instada demanda ejecutiva, por aplicación del precepto enjuiciado, volvemos a encontrarnos con la inexplicable aplicación de la caducidad.

c) Propuesta de convenio regulador aprobada judicialmente en la sentencia de divorcio de fecha de firmeza 16 de noviembre de 2001; en el citado convenio nos encontramos que el progenitor custodio deberá abandonar el domicilio conyugal cuando los hijos menores de edad alcancen los 25 años. Se pretende ejecutar la meritada sentencia al alcanzar el último hijo la edad fijada, resultando que su ejecutabilidad ha caducado, al haber transcurrido más de cinco años desde su firmeza.

Se nos puede decir que esto no suele ocurrir, que siempre hay incumplimientos anteriores que han dado lugar a una previa ejecución de la sentencia, con lo que estamos planteando un problema inexistente. Quizás en otras disciplinas o ramas del derecho pueda ser así, pero en los procedimientos de familia se dan, no todos los días pero sí con cierta frecuencia, supuestos similares a los analizados. Por ejemplo en la actualidad tenemos en nuestro despacho el siguiente caso real:

d) Sentencia dictada en procedimiento de divorcio consensual siendo firme en enero de 1992. En la actualidad, y dado que el progenitor no custodio pretende una revisión de la pensión compensatoria, ha comenzado por primera

vez a incumplir la resolución judicial. Como hemos visto la sentencia sería inejecutable conforme al precepto reiteradamente examinado de encontrarse en vigor.

IX. CUÁNDO SE VA A APLICAR EL ARTÍCULO 518 DE LA LEY 1/2000 DE 7 DE ENERO

Conforme se comenzó a redactar estas líneas, nuestro pensamiento fue decir: tranquilos, tenemos cinco años y pico por delante para ver cómo se desarrolla este precepto. Pero no es cierto, no disponemos de ese tiempo, nos quedan escasos meses para su puesta en práctica. La Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2000 establece que los procesos que se encontrasen en primera instancia al tiempo de la entrada en vigor de la Ley, continuarán substanciando, hasta que recaiga sentencia en dicha sentencia conforme a la actual ley, sin embargo la ejecución serán aplicables las disposiciones de esta Ley 1/2000. Si continuamos con el supuesto anterior y nos ponemos en la hipótesis de que se dejara de abonar la pensión compensatoria en mayo de 2001, ya nos tendríamos que acoger a los artículos 517 y siguientes relativos a la ejecución forzosa. Lo que quiere decir que el problema analizado no lo es a largo plazo: sentencia firme de fecha 1992, se ejecuta en mayo de 2001, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2000, aplicación inmediata de los preceptos 517 y siguientes de la Ley 1/2000. Sentencia firme en febrero del 2001, espera de cinco años desde la firmeza de la sentencia y aplicación en el 2005 de la caducidad. Como hemos visto y en virtud de la Disposición Adicional Segunda, la ejecución va a entrar en vigor de inmediato y será extensiva a todas las sentencias firmes dictadas conforme a la todavía Ley Adjetiva Civil.

X. RECOMENDACIONES FINALES

Se nos ocurren dos soluciones poco convencionales a la cuestión planteada, por un lado incluir en las propuestas de convenios reguladores que se realicen a partir de ahora una cláusula por la que las partes prorroguen de forma ilimitada el plazo de cinco años de caducidad para instar la ejecución de las sentencias firmes dictadas en los procesos de familia y menores en los que se adopten Medidas Definitivas. Aunque ello no sea muy ortodoxo con algunas líneas doctrinales estudiadas en los apartados precedentes, posibilidad que es excluída totalmente por algunos autores. Y por otra, instar la ejecución de la sentencia firme de inmediato por cualquier motivo, por ejemplo, instando la revisión de la pensión alimenticia o compensatoria conforme al IPC o cláusula de estabilización prevista en la sentencia, puesto que, una vez instada la ejecución, ésta ya no caduca.

BIBLIOGRAFÍA:

ALBACAR LÓPEZ, J.L. y SANTOS BRIZ, J., *Código Civil y Jurisprudencia,* Tomo VI, páginas 1173 y siguientes. Editorial Trivium.

ÁNGEL YÁGÜEZ, R., "Caducidad y autonomía privada: especial referencia a la interrupción de la caducidad por acuerdo de las partes", La Ley, Vol. IV. 1986, pág. 1005.

DÍEZ PICAZO, L., "Comentario artículo 1961". *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, págs. 2150-2153.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *Código Civil,* Editorial Aranzadi.

GÓMEZ CORRALIZA, B., *Comentarios Jurisprudenciales sobre la Caducidad,* La Ley, 1988, Vol. IV, pág. 800.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., "Comentario al artículo 1930" en *Comentario del Código Civil,* coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Editorial Bosch, pp. 367-379.

PÉREZ MARTÍN, J., *Derecho de Familia. La ejecución de las resoluciones dictadas en procedimientos matrimoniales,* Editorial Lex Nova, pág. 314.

PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil,* Editorial Bosch.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil,* Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, página 2886 y siguientes.

EL RIGOR DE LA LEY ANTE CIRCUNSTANCIAS INCONTROLABLES: EL TRIBUNAL SUPREMO CONDENA A UNOS PADRES POR LA MUERTE CAUSADA POR SU HIJO MENOR DE EDAD

Aránzazu Bartolomé Tutor.

Abogada.

Hasta ahora y mientras no entre en vigor la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad penal de los menores, se ha estado incurriendo en el riesgo de aplicar el rigor de la Ley en circunstancias incontrolables, aspecto que esperemos controle la nueva normativa.

Ejemplo de lo que apuntamos es el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1999, en la que se ratificaba la condena a un matrimonio como responsable por la muerte causada por su hijo menor de edad (13 años) y no poder demostrar que fueron buenos padres.

Más concretamente, esta Sentencia argumentaba en su fallo que "es manifiesto que los padres han de probar, por imperativo del art. 1903 del Código Civil, párrafo último, que emplearon la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (...) Los recurrentes no han vigilado a su hijo (...) es obvio que vagaba a su aire", a pesar de que éstos sólo le dieron permiso para ir a la piscina, y concluye el alto Tribunal "Fuese o viniese de la piscina una vigilancia somera sobre sus pasos hubiera sido necesaria".

Pero no es la única Sentencia en este sentido. La Audiencia Territorial de Bilbao, en Sentencia de 17 de junio de 1987, señala que esta responsabilidad paterna se deriva por el incumplimiento de los deberes que imponen "las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de otra determinada (...) el conjunto de deberes y derechos integrantes de la patria potestad, entre los que se encuentra el deber de educar, que se extiende a la vigilancia preventiva del daño específico, luego producido".

En otras palabras, estamos ante la llamada *culpa in vigilando* o *in educando* en la que en innumerables ocasiones se apoyan las resoluciones de nuestros Tribunales. Los progenitores responden no tanto en la medida de que deben mandar a sus hijos, sino porque deben guardarlos y educarlos. Porque de ellos depende el ejercicio de **la patria potestad, entendida como función social.**

En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de septiembre de 1960, expone textualmente que "estando estrechamente conexos en el instituto de la patria potestad el interés del Estado y el de la familia, *es necesario que la misión confiada al padre de la familia asuma un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre la patria potestad,* cuyo contenido no puede ser objeto de pactos probados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos, y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley, así como, sobre todo, el derecho del Poder público de vigilar, corregir y a veces suplir la obra del que ejercita la patria potestad, intervención que encuentra por parte de los Estados actuales el mayor desenvolvimiento".

Por su parte, Carmen LÓPEZ BELTRÁN HEREDIA, profesora titular de Derecho Civil, apunta un dato interesante. Estima que, si la razón de la responsabilidad paterna fuese su presunta *culpa in vigilando* o *in educando,* habría que examinar las posibilidades de los padres en punto a la vigilancia y educación, y, sobre todo, su oposición económica. La autora entiende que no es justo exigir la misma vigilancia y educación a los padres de condición modesta que a los que gozan de una posición económica más holgada y cultural ventajosa, "pues esa posición obliga socialmente". En esta línea se mueve CARBONNIER arguyendo que los padres de los niños bien educados no responderían nunca. A lo que Carlos ROGEL VIDE, profesor de Derecho Civil,

se pregunta cuál es la línea divisoria entre la buena o mala educación, para poder hablar de responsabilidad.

Se podría responder "que si la razón de la responsabilidad fuese la defectuosa educación impartida, en buena lógica los padres habrían de seguir respondiendo de los hechos ilícitos aun después de haber alcanzado los hijos la mayoría de edad, puesto que la causa remota de estos hechos —la mala educación— subsiste". Pero estas tesis nos pueden llevar a afirmaciones tales como "el hecho de tener más oportunidades desde el punto de vista educativo, hace que la responsabilidad sea mayor", "los menores que cursan sus estudios en colegios públicos tienen una posición cultural o educativa desventajosa, por lo que sus padres son menos responsables de sus actos". Medir la responsabilidad por el mayor o menor gasto educativo o cultural parece grave, discutible y peligroso. Debemos entender que la educación cívica del individuo se aprende y aprehende no sólo en la escuela, sino también de las vivencias más cercanas, las familiares y las más distantes, el ambiente social. Y en este último ámbito la experiencia depara múltiples sorpresas y contradicciones.

Asimismo, *la Disposición Transitoria duodécima* de **la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal** refiere, dado que los menores de 18 años no son responsables criminalmente y hasta la aprobación de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los procedimientos que se sustancien por razón de un delito o falta, que *el juzgador "requerirá a los equipos técnicos al servicio de los Jueces de menores, la elaboración de un informe psicológico, educativo, familiar y social del menor o circunstancias que hayan influido en la actividad que se le imputa...".*

Como botón de muestra a la importancia que se le da a la educación la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1956 condena al progenitor por su actitud negligente al no impedir que su hijo disparara a otro menor. La resolución dice textualmente "el padre llegó a aportar diversos certificados de Colegios e informes de Autoridades para demostrar la correcta educación impartida a su hijo". A pesar de lo anterior, el alto Tribunal argumentó que no se había observado la diligencia para que el hijo no poseyera el arma. A lo que la Sentencia de 29 de diciembre de 1962 claramente expone que a pesar de que los padres no pueden ejercer constantemente la vigilancia sobre los hijos, al tener que trabajar, esto no es disculpa, y que si esta excusa se admitiese se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad".

Si bien no estamos en la situación de los Estados Unidos, país en el que la tenencia de armas de fuego es un derecho constitucional, y del que continuamente nos llegan noticias en las que menores han perpetrado crímenes por el uso de estas armas, no podemos obviar que en nuestro país no es difícil que un menor maneje un arma de fuego. Basta ir a las Ferias o Fiestas de los pueblos para ver cómo en determinados puestos se insta tanto a menores como a mayores para que tiren con un escopeta de perdigones y obtengan un premio, o asistir

a cacerías en las que menores participan muy activamente, independientemente de su nivel cultural.

Llegados a este momento se veía necesario un cambio de legislación que salvara esta anómala situación y proporcionara a los jueces un elemento de aplicación más acorde con realidad social.

En este sentido, **la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad penal de los menores** en su Exposición de Motivos refiere que esta Ley será de aplicación a las infracciones cometidas por menores de entre 14 y 18 años. Todo lo anterior se justifica expresamente señalando que "las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad (14 años) son en general irrelevantes" y continúa diciendo "que en los escasos supuestos en que aquéllos pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuando los ámbitos familiar y asistencia civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado".

Es más, el art. 3 de este texto legal añade que *"a estos menores de 14 años no se les exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se les aplicará lo supuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes"*.

Podemos concluir que ante estos supuestos *la Ley sigue atribuyendo una culpa* in vigilando *hacia los progenitores con respecto a sus hijos* (basado en los arts. 1903 CC en relación con los arts. 1232.1.º del CC y 1692.4 de la LEC) a lo que debemos añadir la respuesta adecuada del ámbito familiar y asistencia civil. Pero hemos de cuestionarnos, en este supuesto en concreto, ¿qué tipo de respuesta le ha de ofrecer al menor el ámbito familiar? ¿Ésta es equiparable a los medios regulados en la LO 5/2000 para los menores responsables de entre 14 y 18 años: amonestaciones, prestaciones en beneficio de la comunidad, internamiento, programas terapéuticos...?

Sin embargo, no se deben olvidar las observaciones de la profesora LÓPEZ DE HEREDIA que llega a una disertación curiosa comentando la situación anterior. Entiende que la línea jurisprudencial establece una extraña simbiosis entre la culpa *in vigilando* y la responsabilidad objetiva. Simbiosis que se traduciría en: el padre es responsable por el solo hecho de ser padre de un hijo menor. Poco importa que la falta de cuidado sea real o no, porque, según esta teoría, todo padre, con hijo menor, está creando el riesgo social de que su menor sea un agente de daños. Así, todo padre crea una inseguridad a la sociedad por el simple hecho de tener un hijo. ¿No es llevar las cosas a términos peligrosos?, ¿no se corre el trance de aplicar el rigor de la Ley a circunstancias incontrolables?

ALGUNOS RETOS DE LA NUEVA LEY 1/2000 DE 7 DE ENERO EN EL DERECHO DE FAMILIA

José Luis Sariego Morillo.

Abogado.

Hablar de retos en relación a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil me parece incluso un poco descabellado, porque no son retos los que vamos a tener que afrontar, sino imposibles en muchos casos.

No voy a sentar doctrina, porque para eso tenemos juristas de reconocido prestigio y docentes que son los que deben encontrar cómo explicar algunas cosas. Me voy a centrar en llamar la atención sobre algunos puntos muy concretos con los que nos vamos a encontrar todos y todas (usuarios de la Administración de Justicia, Abogados/as, Jueces, Secretarios/as, oficiales, etc.) a la hora de poner en marcha esta Ley.

¿Cómo vamos a formular la demanda dentro de los procesos de familia? Siguiendo a TAMBORERO (2000) de la lectura de la ley se deduce que tenemos que tener cuidado con formular demandas como las que estamos acostumbrados/as, ya que la Ley nos dice en su artículo 437 que debemos formular la demanda de forma sucinta. Para explicar los hechos de la demanda tendremos la vista. Pero, entonces ¿cómo vamos a saber qué decir al contestar a la demanda? Tenemos que tener en cuenta que la vista, teóricamente, será después de haberse contestado la demanda o formulado reconvención.

Esto es, los Juzgados realmente no conocerán todos los hechos hasta que haya comenzado la vista oral. Creo que lo que deberemos hacer es, en principio, seguir con la práctica habitual de explicar todos los hechos en nuestras demandas, y así evitaremos que las vistas puedan hacerse interminables, o que la parte demandada pueda alegar indefensión, por desconocimiento de determinados hechos que saquemos a relucir en la vista aunque, como veremos luego, se podrán alegar hechos nuevos en cualquier momento del procedimiento.

La reconvención se podrá hacer, sí, pero con las limitaciones que dice la Ley. Por ejemplo, si alguien formula demanda pidiendo una pensión compensatoria de 1.000.000 de pesetas al mes, no se podrá hacer reconvención sobre esta petición, y proponer al Juzgado que por ejemplo fije la pensión en 60.000 ptas. al mes, ya que la letra del artículo 770, párrafo 2, recoge textualmente: *Sólo se admitirá la reconvención cuando… el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas* ***que no hubieran sido solicitadas*** *en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.*

Sin pronunciarme sobre el hecho de que no sé muy bien a qué Tribunal se refiere este y otros artículos, creo que, efectivamente, no podemos practicar

reconvención proponiendo otra cuantía en la pensión que se solicite. Nos queda únicamente el recurso de oponernos en nuestra contestación, pero no plantear una acción pura a través de nuestra reconvención.

Un inciso que quisiera hacer es la curiosidad que me despierta la nueva Ley en el art. 753 cuando dice que de la demanda se dará traslado no sólo al Fiscal y las personas demandadas, sino también a los no demandados, cuando debieran ser demandados. Dentro de unos meses, podremos saber quiénes determinarán y cómo se determina quiénes deben ser demandados. Se me ocurre que a lo mejor debemos formular demandas de modificación no sólo contra los/as ex-cónyuges sino contra sus parejas contemporáneas, o incluso contra los nuevos hijos/as del ex cónyuge. O contra los/as abuelos/as, por si acaso.

En todo caso debemos tener claro que tenemos dos plazos en los que fijarnos: 20 días para contestar a la demanda según el art. 752 en relación al art. 405 y 10 días para formular la reconvención según el 770 de la Ley.

Puede ocurrir que se celebre la vista sin que hayamos contestado a la demanda, por lo que deberemos ir muy preparados para enterarnos qué va a contestar la parte demandada en el acto de la vista, ya que lo normal es que la contestación nos llegue al despacho después de la vista, a no ser que sigamos saltándonos los plazos establecidos en la ley (art. 440 LEC), para fijar la fecha de la vista. Es decir, que seguiremos como antes. Cuidado con el art. 752 ya que se nos advierte que se pueden introducir hechos nuevos en cualquier momento del procedimiento, y no podamos tener una defensa preparada ante ellos.

El acto de la vista deberá ser grabado en vídeo (art. 147 LEC), aunque no sabemos muy bien por quién, si será el/la Secretario/a del Juzgado o algún oficial especializado. Creemos que deberá ser el/la Secretario del Juzgado, ya que deberá dar fe pública de las copias que se soliciten por las partes (a su costa) y de la que se remita a las Audiencias en caso de recurso.

En la vista puede pasar de todo, sobre todo cuando comencemos con las pruebas. La Confesión de las partes será muy movida, ya que deberán estar presentes el Juez, Secretario/a, Fiscalía, abogados/as de las partes y las partes, y todas ellas podrán mostrar disconformidad con las preguntas o contestaciones que se hagan. Podremos no sólo formular posiciones a la contraparte, sino incluso a nuestro/a propio/a cliente.

Luego vendrán los testigos (368), y de nuevo podrá ocurrir lo mismo. Las vistas prometen ser muy entretenidas, mas cuando alguien proponga un careo (373) de los testigos con las partes, entonces comprobaremos que las comparecencias de medidas que hacíamos hasta ahora eran poca cosa. Por si fuera poco todo quedará grabado en vídeo, aunque deberemos tener en cuenta que si hoy existen filtraciones a la Prensa de algunos procesos, no sé qué pasará cuando se filtren algunos de estos vídeos a canales de televisión dispuestos a hacer un reality show con ellos.

Tenemos que indicar que los parientes podrán ser tachados como testigos por la parte contraria según el art. 377. Veremos qué efectos produce este tema en los temas de familia, porque de alguna manera se contradice con el Código Civil.

La vista continuará con los peritos y contraperitos, etc.

Termina la vista con un visto para sentencia, o no. Puede ocurrir que hayamos pedido pruebas que no se puedan practicar en la vista, y entonces el Juzgado articulará 30 días más para que se puedan articular. Pero para sorpresa de todos, no sólo las partes podrán solicitar pruebas, sino que los jueces podrán hacerlo de oficio (429) yendo contra la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional hoy vigente.

Se supone que después de este periodo de pruebas, sin que podamos presentar ningún escrito de conclusiones, ni hacer valoración de la prueba articulada tras la vista, el Juzgado dicta sentencia en 10 días. Esto es, que es posible que los efectos de la sentencia se basen en pruebas articuladas en esta segunda fase, sin que las partes ni sus abogados/as puedan opinar sobre el alcance de ellas.

Este artículo ha sido elaborado partiendo de una idea sencilla, esto es, como si fuera una demanda sucinta, poniendo desde hoy en práctica el art. 437 de la LEC. No hemos querido profundizar más, para no preocuparnos más de la cuenta por el momento. Aún nos quedan unos meses para ir profundizando en el contenido de la nueva Ley de Enjuiciamiento y meternos de lleno en descubrir que todo es posible y que nuestra capacidad de asombro deberá ponerse al día, por ejemplo, si estudiamos las medidas previas, las coetáneas, las formas de practicar, impugnar y dejar constancia de las pruebas, las acumulaciones, recursos, multas, pago de los peritos, uso de grabaciones de audio y vídeo, ejecuciones provisionales, etc., todas esas cosas que se nos van a venir encima en enero del 2001.

Realmente pienso que todas las personas implicadas en la Administración de Justicia deberíamos comenzar a estudiar en profundidad lo que se nos viene encima, y antes de que entrara en vigor la Ley, al menos ponernos de acuerdo en cómo vamos a utilizar esta nueva herramienta para hacer y administrar Justicia. Sobre todo porque dentro de unos años podremos tener a todos los Tribunales Superiores de Justicia (17) con Jurisprudencias contradictorias (468 LEC), y entonces ya no sabremos qué hacer.

Por cierto, como manifestaba Luis ZARRALUQUI (Presidente de la AEAF) *"los sábados seguirán siendo hábiles"*.

Crónica Legislativa

LEY FORAL DE NAVARRA 6/2000, DE 3 DE JULIO, PARA LA IGUALDAD JURÍDICA DE LAS PAREJAS ESTABLES

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El *artículo 39 de la Constitución Española* indica la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En dicho artículo no existe referencia a un modelo de familia determinado ni predominante, lo que hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por tal, consecuente con la realidad social actual y con el resto del articulado constitucional, en particular los *artículos 9.2* (obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas) y *14* (los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social).

Nuestro ordenamiento jurídico ha recogido ya algunos casos en los que se reconoce a las parejas unidas de forma estable en una relación de afectividad análoga a la conyugal una situación equiparable a los matrimonios, en particular en cuanto a la adopción, los arrendamientos urbanos, el derecho de asilo, determinadas disposiciones penales o de prestaciones sociales.

No obstante, permanecen en el ordenamiento distintas disposiciones legales que discriminan negativamente los modelos de familia distintos del tradicional, basado en el matrimonio, desconociendo que el derecho a contraer matrimonio del *artículo 32 de la Constitución* incluye el derecho a no contraerlo y optar por un modelo familiar distinto, sin que el ejercicio de ese derecho deba comportar obtener un trato más desfavorable por la ley.

En virtud de lo dispuesto en el *artículo 48 del Amejoramiento del Fuero*, Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral. Asimismo, Navarra ostenta competencias en otras materias que afectan a la situación de las parejas de hecho estables.

La presente Ley Foral pretende eliminar las discriminaciones que por razón de la condición o circunstancia personal o social de los componentes de la familia, entendida en la multiplicidad de formas admitidas culturalmente en nuestro entorno social, perduran en la legislación, y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de protección social, económica y jurídica de la familia, adecuando la normativa a la realidad social de este momento histórico.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Principio de no discriminación.

En la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual.

Artículo 2. Concepto de pareja estable.

1. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de un año.

3. Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra.

Artículo 3. Acreditación.

La existencia de pareja estable y el transcurso del año de convivencia podrán acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

Artículo 4. Disolución de la pareja estable.

1. Se considerará disuelta la pareja estable en los siguientes casos:

a) Por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes.

b) Por matrimonio de uno de sus miembros.

c) Por mutuo acuerdo.

d) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.

e) Por cese efectivo de la convivencia por un período superior a un año.

f) En los supuestos acordados por sus miembros en escritura pública.

2. Ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto el documento público que, en su caso, hubieren otorgado.

3. Los miembros de una pareja estable no podrán establecer otra pareja estable con tercera persona mientras no se haya producido su disolución mediante alguno de los supuestos descritos en el primer apartado.

4. La extinción de la pareja estable implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro.

CAPÍTULO II

CONTENIDO DE LA RELACIÓN DE PAREJA

Artículo 5. Regulación de la convivencia.

1. Los miembros de la pareja estable podrán regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes. También pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles.

2. No podrá pactarse la constitución de una pareja estable con carácter temporal ni someterse a condición.

3. En defecto de pacto, los miembros de la pareja estable contribuirán, proporcionalmente a sus posibilidades, al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comu-

nes, mediante aportación económica o trabajo personal. Se considerará contribución a los gastos comunes el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos respectivos y, si éstos no fueran suficientes, en proporción a sus patrimonios.

No tendrán la consideración de gastos comunes los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, los que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.

4. Al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros podrá reclamar del otro una pensión periódica, si la necesitara para atender adecuadamente su sustento en uno de los siguientes casos:

a) Si la convivencia hubiera disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos;

b) Si el cuidado de los hijos e hijas comunes a su cargo, le impidiera la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente.

5. En defecto de pacto, cuando la convivencia cesa en vida de los dos conviviente, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto.

Artículo 6. Reclamación de pensión periódica y de compensación económica.

1. La reclamación de los derechos a que hacen referencia los apartados 4 y 5 del artículo anterior debe formularse en el plazo de un año a contar desde el cese de la convivencia.

2. La obligación prescrita por el *artículo 4.4*, en el supuesto de la letra a), se extingue, en todo caso, en el plazo de tres años, a contar desde la fecha de pago de la primera pensión, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos y desde el momento en que quien la percibe contrae matrimonio o convive maritalmente; y, en el supuesto de la letra b), cuando la atención a los hijos o a las hijas cesa por cualquier causa o éstos llegan a la mayoría de edad o son emancipados, salvo los supuestos de incapacidad.

3. El pago de la compensación prescrita por el *artículo 4.5* se hará efectivo en el plazo máximo de tres años, con el interés legal desde que se haya reconocido. La compensación se satisfará en metálico, salvo que haya acuerdo entre las partes o si el juez o jueza, por causa justificada, autoriza el pago con bienes del conviviente obligado.

4. La pensión alimenticia periódica será disminuida o extinguida en la medida en que el desequilibrio que compensa disminuya o desaparezca.

Artículo 7. Responsabilidad patrimonial.

Los miembros de la pareja estable son responsables solidariamente frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de los hijos comunes.

Artículo 8. Adopción.

1. Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio.

2. Se adecuarán las disposiciones normativas forales sobre adopciones y acogimiento para contemplar el modelo de familia formado por parejas estables.

Artículo 9. Ejercicio de acciones y derechos.

1. Los miembros de la pareja estable se consideran equiparados a la situación de los cónyuges unidos por matrimonio en cuanto a la aplicación de las disposiciones relacionadas con la tutela, la curatela, la incapaci-

tación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad.

2. Se añade un nuevo párrafo a la *Ley 62 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* o Fuero Nuevo con la siguiente redacción: *Los miembros de una pareja estable se consideran equiparados a la situación de los cónyuges unidos por matrimonio en cuanto al ejercicio de las acciones relacionadas con la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad.*

Artículo 10. Guarda y régimen de visitas de los hijos.

1. En caso de cese de la pareja estable en vida de ambos miembros, éstos podrán acordar lo que estimen oportuno en cuanto a la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes y al régimen de visitas, comunicación y estancia. No obstante, el Juez podrá moderar equitativamente lo acordado, cuando a su juicio sea lesivo para cualquiera de los miembros o para los hijos e hijas comunes.

2. El Juez acordará lo que estime procedente respecto de los hijos e hijas comunes, en beneficio de éstos y previa audiencia de los mismos, si tuvieran suficiente juicio o fueran mayores de doce años.

CAPÍTULO III

RÉGIMEN SUCESORIO, FISCAL Y DE FUNCIÓN PÚBLICA

Artículo 11. Régimen sucesorio.

Se introducen las siguientes modificaciones en la *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* o Fuero Nuevo:

1. Se añade un segundo párrafo a la *Ley 253* con la siguiente redacción: *Se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley.*

2. Se modifica el apartado 5 de la *Ley 304* que queda redactado como sigue: *5. El cónyuge o pareja estable no excluido del usufructo de fidelidad conforme a la Ley 254.*

3. Se modifica la *Ley 341* que queda redactada como sigue: *No pueden ser contadores-partidores el heredero, el legatario de parte alícuota, el cónyuge viudo o el miembro sobreviviente de pareja estable por Ley.*

Artículo 12. Régimen fiscal.

1. Los miembros de una pareja estable serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal de Navarra a la hora de computar rendimientos y de aplicar deducciones o exenciones.

2. Se introducen las siguientes modificaciones en las Normas para la exacción de los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados aprobadas por la Diputación Foral de Navarra el 10 de abril de 1970:

a) Adición de un nuevo párrafo al artículo 13:

A los efectos de estas Normas los miembros de una pareja estable serán equiparados a la situación de los cónyuges.

b) Adición al final del apartado 1 del artículo 29 del siguiente inciso: *o miembros de una pareja estable.*

c) Nueva redacción del primer párrafo de la letra a) del apartado 1 del artículo 40:

Los bienes de todas clases que hubieren pertenecido al causante de la sucesión hasta un período máximo de un año anterior a su fallecimiento, salvo prueba fehaciente de que tales bienes fueron transmitidos por aquel y se hallen en persona distinta de un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado, cónyuge o pareja estable de cualquiera de ellos o del causante.

d) Nueva redacción de la letra b) del apartado 1 del artículo 40:

b) Los bienes y derechos que, en período de tres años anteriores al falleci-

miento, hubieran sido adquiridos a título oneroso en usufructo por el causante y en nuda propiedad por un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado, cónyuge o pareja estable de cualquiera de ellos o del causante.

e) Adición al final del apartado 4 del artículo 40 del siguiente inciso: *o pareja estable.*

f) Nueva redacción de la letra c) del apartado 3) del artículo 45:

c) Que no aparezca contraída a favor de los herederos o de los legatarios de parte alícuota ni de los cónyuges, parejas estables, ascendientes, descendientes o hermanos de dichos herederos o legatarios.

g) Nueva redacción del apartado 2 del artículo 48:

2. Entre ascendientes y descendientes legítimos; e hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, adoptantes y adoptados con adopción plena y entre cónyuges o miembros de pareja estable .... Exentas.

h) Nueva redacción de la letra a) del apartado 1 del artículo 113:

c) Cuando de los Registros fiscales resultara la disminución del patrimonio de una persona y sincrónicamente con posterioridad, pero nunca después de dos años, el incremento patrimonial del cónyuge o pareja estable, o de los descendientes o de los hijos adoptivos o cónyuges o parejas estables de cualquiera de ellos.

i) Nueva redacción del primer párrafo de la letra b) del apartado 1 del artículo 113:

b) Cuando fallecida una persona sin dejar cónyuge viudo o pareja estable sin descendencia o hijos adoptivos, los mismos Registros acusarán, en el desenvolvimiento del patrimonio del causante, disminuciones que, sincrónica o posteriormente, pero nunca después de tres años, sean correlativas al incremento en el patrimonio de los herederos o legatarios.

j) Nueva redacción de la letra c) del apartado 1 del artículo 113:

b) Cuando de la investigación de las altas y bajas del impuesto industrial resultara el alta de descendiente o cónyuge por razón del mismo negocio en el que se dio la baja el ascendiente o el otro cónyuge o miembro de pareja estable.

h) Nueva redacción del apartado 74 del artículo 116:

74. Las cantidades hasta 500.000 pesetas, que al fallecimiento de sus empleados, satisfagan las empresas al cónyuge, pareja estable, ascendientes o descendientes legítimos, naturales o adoptivos de dichos empleados fallecidos siempre que se acredite que aquéllos, al producirse el óbito, estaban en situación de empleados fijos, temporeros o eventuales de la empresa, y que hubiesen prestado sus servicios a la misma ininterrumpidamente durante los tres meses anteriores a su fallecimiento o a la fecha en que causaran baja por la enfermedad o accidente que causó la muerte, o a la de ser jubilados reglamentariamente.

3. Se introducen las siguientes modificaciones en la *Ley Foral 22/1998, de 30 de diciembre, del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*:

a) Nueva redacción de la letra d) del apartado 2 del *artículo 14*:

d) Las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge o pareja estable y las anualidades por alimentos.

b) Nueva redacción del apartado 2 del *artículo 55*:

2. Por pensiones compensatorias. Las cantidades satisfechas por este concepto a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las

fijadas en favor de los hijos del contribuyente, establecidas ambas por decisión judicial, así como las cantidades legalmente exigibles satisfechas a favor de la pareja estable.

c) Nueva redacción del segundo párrafo de la letra e) del apartado 1 del *artículo 62*:

La deducción se practicará por el cónyuge o pareja estable de la persona asistida y en su defecto por el familiar de grado más próximo.

d) Nueva redacción de la subletra b) de la letra f) del apartado 4 del *artículo 62*:

b) Darán derecho a deducción las obras e instalaciones de adecuación que deban efectuarse en la vivienda habitual del sujeto pasivo, por razón de la minusvalía del propio sujeto pasivo, de su cónyuge, pareja estable, ascendientes o descendientes que convivan con él.

e) Nueva redacción del apartado 1 del *artículo 71*:

1. A efectos de este impuesto son unidades familiares:

b) La integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiere, los hijos menores de edad, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos, y los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada.

c) La integrada por una pareja estable, según su legislación específica y, si los hubiere, los hijos menores de edad, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos, y los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada.

d) En los casos de separación legal, o cuando no existiera vínculo matrimonial, la formada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno u otro y que reúnan los requisitos a que se refieren los apartados anteriores.

f) Nueva redacción de la regla 6 del *artículo 75*:

6. En el supuesto de unidades familiares a las que se refieren los apartados 1.a) y 1.b) del artículo 71, cuando, por aplicación de la regla 2.ª del apartado 4 del artículo 55, uno de los cónyuges o miembros de la pareja estable no hubiese podido aplicar íntegramente la reducción a que se refiere su apartado 3, el remanente se adicionará al mínimo personal del otro cónyuge o miembro de la pareja estable.

Artículo 13. Régimen de función pública.

1. Los miembros de una pareja estable serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en el Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, en cuanto a licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo, ayuda familiar y derechos pasivos.

2. Se modifica el párrafo a) del apartado 1 del artículo 50 del Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra que quedará redactado como sigue:

a) Por cónyuge o pareja estable que no perciba ingresos 3,50%.

3. Se modifica el artículo 75 del texto refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra que quedará redactado como sigue: *Serán beneficiarios de la pensión de viudedad los cónyuges y parejas estables de los funcionarios y de los pensionistas por jubilación que reúnan los requisitos que se determinen reglamentariamente.*

DISPOSICIÓN ADICIONAL

El Gobierno de Navarra y los Ayuntamientos podrán crear Registros de Parejas Estables para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución.

Si la legislación del Estado previera la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente Ley Foral, los efectos que ésta les otorgara han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban en el mismo.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Las disposiciones de esta Ley Foral se aplicarán, a partir de su entrada en vigor, a las parejas estables constituidas con anterioridad siempre que cumplan los requisitos establecidos en su *artículo 2*.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en esta Ley Foral.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA

El Gobierno de Navarra dictará las disposiciones reglamentarias para la aplicación y desarrollo de lo establecido en esta Ley Foral.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA

Esta Ley Foral entrará en vigor en el plazo de un mes a partir de su publicación en el *Boletín Oficial de Navarra*.

NOTA: 87 diputados del partido popular y tres de UPN, han presentado un recurso de inconstitucionalidad respecto al artículo que permite la adopción de menores por parejas homosexuales y que basan en la vulneración por el parlamento de Navarra del artículo 149.1 regla 8.ª de la Constitución, que otorga al Estado competencia exclusiva para regular las formas del matrimonio.

Publicaciones y Noticias

TÍTULO: EL DERECHO DE LOS ABUELOS A RELACIONARSE CON SUS NIETOS

Autor: María Cárcava Fernández.
Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

Los abuelos siempre se relacionaron con sus nietos bajo la supervisión de los padres y con el acuerdo de éstos, no encontrando hasta hace muy pocos años fundamento que les permitiera seguir manteniendo esas relaciones en caso de oposición paterna. Con la ley 11/1981, de 13 de mayo, se protege positivamente por primera vez en nuestro país el derecho de los abuelos a tratar con sus nietos por vía del art. 160 del CC: "No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias".

En la presente obra se aborda la problemática jurídica que plantea la cada vez más creciente realidad en la que por separación, divorcio o muerte prematura de uno de los progenitores, algunos abuelos ven dificultado o impedido su deseo y derecho a relacionarse con sus nietos.

La autora, María Cárcava Fernández, profesora titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, Académica de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y perteneciente también a la Comisión de Bioética del Principado de Asturias, analiza detalladamente el derecho a las relaciones personales del art. 160 del CC.

Se estudia perfectamente quiénes son los titulares del derecho a estas relaciones personales con el menor, el bien jurídico protegido y fundamentalmente los límites a la existencia del derecho, es decir, "la justa causa" y "el interés del menor". A continuación se trata el contenido del derecho, y los problemas que puedan surgir en el cumplimiento del derecho de visita de los abuelos.

También son objeto de estudio el procedimiento a seguir para la fijación del régimen de visitas, la responsabilidad civil de los abuelos por actos dañosos de los nietos y los supuestos en los que la guarda y custodia se atribuye directamente a los abuelos.

Como complemento imprescindible de la obra se incluye una extensa reseña de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y por las distintas

Audiencias Provinciales en la materia, lo que permitirá despejar todas las dudas que puedan presentarse en esta cuestión.

TÍTULO: COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL

Autor: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta y otros.
Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

La interrelación del derecho de familia con la práctica totalidad de los artículos del Código Civil hacen necesario e imprescindible contar con unos buenos comentarios de nuestra norma sustantiva. Una de las opciones es la obra que comentamos, compuesta de nueve tomos y en la que intervienen los magistrados del Tribunal Supremo D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, D. José Almagro Nosete, D. Jesús Corbal Fernández, D. Román García Varela, D, Pedro González Poveda, D. Antonio Gullón Ballesteros, D, Francisco Hernández Gil, D. Francisco Marín Castán, D. Xavier O'Callaghan Muñoz, D. Luis Martínez Calcerrada y Gómez, D. José Menéndez Hernández y D. Alfonso Villagómez Rodil. También participan D. Jaime Santos Briz, D. Gurmersindo Burgos Pérez de Andrade, D. Ricardo de Ángel Yágüez, D. Modesto de Bustos Gómez Rico y D. José Luis Iriarte Ángel.

Los artículos específicos de familia son comentados por el magistrado del Tribunal Supremo D. Román García Varela, quien hace tiempo desempeñó el cargo de juez de Familia en Madrid.

Los comentarios a cada artículo se completan con unas referencias jurisprudenciales y bibliografía.

TÍTULO: LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS CUYOS PADRES NO CONVIVEN: ASPECTOS PERSONALES.

Autor: Milagros García Pastor.
Editorial McGrawHill, Madrid, 1997.

El cumplimiento de las obligaciones que tienen los padres respecto a los hijos no suele plantear ninguna problemática cuando ambos padres conviven juntos sin que tengan trascendencia jurídica los conflictos cotidianos que pue-

dan presentarse. Sin embargo, cuando tras la separación judicial o de hecho es uno sólo de los padres el que convive con los hijos, son muchas las controversias que surgen en la práctica.

Como señala la autora de la obra, Milagros García Pastor, la nota característica es el alto nivel de conflictividad de estas situaciones. Además sirve para complicar el tema la existencia de una dualidad de regulaciones de las cuestiones relativas a la situación de los hijos de padres que no conviven —en el ámbito de las relaciones paterno-filiales (Título VII del Libro I del CC) y entre los efectos comunes a la nulidad, separación y el divorcio (Capítulo IX del Título IV del Libro I)—, sin que se aclare si se trata de regulaciones excluyentes o complementarias, o si la primera es la reglamentación general y la segunda es la reglamentación para un caso particular. También pone de relieve la autora que se trata de una regulación incompleta que deja sin solución muchos de los problemas que la práctica plantea, así como el amplio papel que juega la discrecionalidad judicial que ahonda aún más las diferencias de interpretación. Por último, también se aborda la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, que en esta materia adquiere relevancia ya que dependiendo de una u otra situación serán o no aplicables unas normas jurídicas (arts. 90 a 104) y serán distintas las vías procesales por las que se podrá hacer efectivos los derechos y obligaciones reconocidos.

La obra se estructura en dos partes, una dedicada a las cuestiones generales sobre la situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven, donde se analizan los problemas de carácter general planteados por la regulación sustantiva, las vías judiciales de determinación de la situación jurídica de los hijos y el papel de la voluntad de los padres en la determinación de la situación jurídica de los hijos. La segunda parte se centra en los aspectos personales en particular, es decir, el cuidado de los hijos, el ejercicio de la patria potestad y el derecho de visitas.

SEMINARIO SOBRE LOS PROCESOS DE FAMILIA EN LA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Ponente: LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. Abogado.

FECHAS: 18 de diciembre de 2000 y 22 de enero de 2001.

DURACIÓN: 1 día, de 9,00 h a 20,00 h.

PROGRAMA:

- "El proceso contencioso matrimonial de separación, divorcio y nulidad. La modificación de medidas definitivas."

- "La prueba. Recursos: reposición, apelación, queja, casación y extraordinarios de infracción procesal y en interés de ley."
- "El proceso de mutuo acuerdo. Las medidas provisionales."
- "El proceso de liquidación de los regímenes económicos matrimoniales."
- "La ejecución de efectos civiles de las resoluciones canónicas de nulidad y de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado."
- "Otros procesos familiares: Incapacitación y prodigalidad. Filiación. Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y sobre necesidad de asentimiento a la adopción."

OTROS CURSOS: Máster en Derecho de Familia; Derecho Matrimonial Canónico. Inglés Jurídico.

Información y reservas: CENTRO DE FORMACIÓN JURÍDICA. C/ Génova, 17-2.º dcha.-28004 Madrid. Tfno.: 91 319 78 93 *** Fax: 91 308 73 07. E-mail: cfj@cfj.es.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

CÁDIZ

El próximo día 14 de diciembre se celebrará en el Hotel Puertobahía (Puerto de Santa María, Cádiz) una jornada monográfica sobre los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, organizada conjuntamente por ENFOQUE XXI y los Ilustres Colegios de Abogados de Jerez y Cádiz. Los temas tratados y los ponentes serán los siguientes:

Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procedimientos de familia. D.ª Susana Moya Medina. Abogada.

Los procesos matrimoniales. La prueba. Los recursos. D. Antonio Marín Fernández, Magistrado de la Sec. 2.ª de la AP de Cádiz.

La Ejecución de sentencia. D. Antonio Javier Pérez Martín, Secretario del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Málaga.

El procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales. D. Ángel Rebolledo Varela, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

VI CURSO SOBRE VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL ÁMBITO CIVIL Y PENAL

Los días 11, 13, 15, 18, 19 y 21 de diciembre se celebrará el **«VI Curso de violencia doméstica en el ámbito civil y penal»**, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, con la colaboración del Ministerio de Justicia, y con el siguiente programa:

Lunes, 11 de diciembre:

17:00 h. **«Concepto y aspectos generales de la violencia doméstica»**, por D. Fernando Bejarano Guerra. Profesor del Real Colegio Universitario "M.ª Cristina-El Escorial".

19:00 h. **«Características psicopatológicas de agresores y víctimas de violencia doméstica»**, por D. Ignacio Bolaños.

Miércoles, 13 de diciembre:

17:00 h. **«El delito de violencia habitual del artículo 153 del Código Penal: análisis jurídico»**, por D. Jaime Moreno Verdejo. Fiscal. Secretaría Técnica Fiscalía General de Estado.

19:00 h. **«La actualidad del abogado en la defensa de las víctimas de malos tratos en el ordenamiento penal. Interrelación con otros profesionales»**, por D. Carlos García Castaño. Abogado.

Viernes, 15 de diciembre:

17:00 h. **«Las medidas cautelares: especial relevancia de las medidas cautelares de alojamiento»**, por D. Luis Rodríguez Ramos. Catedrático de Derecho Penal de la UCM.

19:00 h. **«Lesiones y secuelas psíquicas en víctimas de maltrato doméstico»**, por D. José Luis Carrasco Gómez. Psiquiatra de la Clínica Médico Forense del TSJ de Madrid.

Lunes, 18 de diciembre:

17:00 h. **«Repercusión de la violencia doméstica en las crisis familiares»**, por Dª Pilar Gonzálvez Vicente. Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 29 de Madrid.

19:00 h. **«La defensa de las víctimas de violencia doméstica en los procesos de familia. Tutela del interés más necesitado de protección»**, por D.ª Silvia Hinojal López. Abogado.

Martes, 19 de diciembre:

17:00 h. **«El menor como víctima de la violencia doméstica»**, por D. Javier Urra Portillo. Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid.

19:00 h. **«Respuesta social ante la violencia familiar»**, por D.ª Asunción Miura Biendicho. Directora General de la Mujer.

Jueves, 21 de diciembre:

17:00 h. **«Aplicación de la ley de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual en los supuestos de violencia doméstica. Ayudas económicas y ayudas asistenciales»**, por D. Jesús García Alba. Representante de la Oficina de Ayuda a Víctimas de Madrid.

19:00 h. *Mesa redonda:* **«La violencia doméstica: evolución de las respuestas jurídicas y sociales al problema»**. Ponentes: Representante de la Brigada especializada en delitos de violencia doméstica. Fiscal de violencia doméstica de Madrid. Abogada especializada en violencia doméstica.

Lugar de celebración: Salón de Actos del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ciudad Universitaria, s/n. 28040. Madrid.

Información: Colegio de Abogados de Madrid. C/ Serrano, 11. 1.ª planta. 28001 Madrid. Tel.: 91 435 78 10. Fax: 91 431 71 91.

NOTICIAS

CONCLUSIONES DE LA JORNADA SOBRE PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR, CELEBRADA EN LA SEDE DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2000, CON LA PARTICIPACIÓN DE REPRESENTANTES DE LA ADMINISTRACIÓN, JUECES, FISCALES, PSICÓLOGOS Y RESPONSABLES DE LOS PEF.

1.ª Las experiencias que existen en España sobre Puntos de Encuentro Familiar confirman, en la práctica, la necesidad de que el recurso se extienda a todas las ciudades de España, adoptando el número de servicios y la duración de los mismos al censo de su población.

2.ª Los Puntos de Encuentro deben tener la financiación suficiente que les permita garantizar la calidad de su intervención, la digna remuneración de los profesionales y suficiente infraestructura para canalizar, organizar y formar al voluntariado como recurso insustituible.

3.ª La financiación de los PEF deberá ser compartida entre las distintas Administraciones con responsabilidades en Servicios Sociales y Justicia, en sus distintos niveles: locales, comunitarios o estatales

4.ª Los Puntos de Encuentro deberán mantener independencia de las Administraciones que los financien, haciéndose cargo únicamente de los casos que puedan atender en función de los recursos de que dispongan.

5.ª Como medida complementaria de los servicios de Punto de Encuentro Familiar, se debería facilitar apoyo a programas educativos en los medios de comunicación, que promuevan un cambio cultural de la percepción del ejercicio de la patria potestad, contribuyendo a que los hijos sean considerados como sujetos con derechos, no propiedades a utilizar como moneda de cambio, apuesta o rehén en los conflictos de pareja.

6.ª La promoción y creación de los Puntos de Encuentro Familiar debe ser impulsada por las Administraciones Públicas y el Consejo General del Poder Judicial, superando la fase actual de iniciativas aisladas. Se estima necesario que como mínimo y en una primera fase exista un PEF en cada capital de provincia.

7.ª Los PEF deben enmarcar su intervención en una perspectiva más amplia de pacificación del proceso de ruptura familiar.

8.ª Se estima que la figura asociativa es la más idónea, por su carácter no lucrativo, para la gestión de los Puntos de Encuentro Familiar.

9.ª Muchas de las vivencias que experimentan los menores como consecuencia de los conflictos de los adultos en los procesos de ruptura familiar constituyen auténticas situaciones de riesgo (artículo 17 LO 1/96) que deben ser prevenidas y reparadas por las Administraciones Públicas con el establecimiento de servicios tales como los Puntos de Encuentro Familiar.

10.ª Deberán definirse y coordinarse las competencias de las distintas administraciones respecto de los PEF.

11.ª Se debe contar en los PEF con un reglamento de Régimen Interior que regule su funcionamiento con el máximo detalle.

PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR Y VIOLENCIA DOMÉSTICA

12.ª El Punto de Encuentro es un lugar neutral idóneo para evitar el contacto entre el esposo violento y la mujer, permite mantener el anonimato de la residencia de la esposa, sin que por ello exista incumplimiento de las visitas del padre a los hijos. Es de especial interés este punto cuando las madres se encuentran en casas de acogida. Sin embargo persiste el problema de la transmisión de padres violentos a hijos de roles, valores y modos de interactuar personales que pueden dar a una transmisión transgeneracional de la violencia, tanto en los

hijos, como en generaciones futuras. Para evitar este hecho y sentando las bases de la PREVENCIÓN en el campo de la violencia contra la mujer, son fundamentales los programas específicos de reeducación de maltratadores.

13.ª El 100% de los menores usuarios de los PEF sufren violencia familiar, bien abiertamente (malos tratos o abusos sexuales) bien de manera soterrada, difícil de conceptualizar, en forma de manipulación y utilización de los hijos en los conflictos familiares; se consideraría maltrato desde el enfoque bio-psico-social como todo aquello que no sea un buen trato, o atender al niño según sus necesidades y derechos. El círculo vicioso que se produce entre el impago de la manutención y la obstaculización de las visitas por parte de los progenitores constituye una de las formas de maltrato emocional más frecuente.

14.ª Los PEF son un lugar para trabajar contra la violencia familiar, mediante la intervención y detección, comprobación y evaluación.

PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR Y JUZGADOS

15.ª Desde la perspectiva judicial los Puntos de Encuentro Familiar se valoran como recursos sociales imprescindibles para que los Jueces que resuelven procesos de Derecho de Familia puedan garantizar el derecho de visitas y estancias de los menores con su progenitor no custodio.

16.ª Sería deseable la existencia de una legislación autonómica o estatal sobre los PEF. Mientras ésta se dicta se estima que los artículos 94 del Código Civil, 923, 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dan cobertura legal a la colaboración de los PEF con los Juzgados que conocen procesos de familia.

17.ª Las resoluciones de los Jueces que acuerden la intervención de los PEF deben motivarse suficientemente sobre la razón de tal intervención, así como contener una descripción concreta del tipo de intervención que se pide al PEF, pudiendo igualmente establecer la obligación de respetar las normas de régimen interior de éste, siempre que se hayan puesto en conocimiento previo del Juzgado.

18.ª De los informes que emitan los PEF se dará vista a las partes, debiendo reconocerse y observar el personal que allí trabaja un principio de reserva de los datos que conozcan por su intervención, en relación a terceros que no sean las partes y el Juzgado.

19.ª Se estima que deben crearse Juzgados de Familia especializados en todo el Estado y Salas en las Audiencias Provinciales con competencia exclusiva sobre asuntos de familia, como órganos judiciales idóneos para acordar y valorar adecuadamente la intervención de los Puntos de Encuentro Familiar.

20.ª El Juzgado debe realizar seguimiento de los casos derivados al Punto de Encuentro solo cuando se estime necesario por las circunstancias que concurran.

21.ª Se estima que la derivación de los menores a los PEF puede partir de órganos judiciales distintos de los que conocen procesos de familia y de organismos administrativos.

22.ª Los PEF no deben identificarse como prolongación del Juzgado sino como un recurso social estable, incluidos en una red amplia de Puntos de Encuentro Familiar.

23.ª No se debe obligar de forma enérgica a los padres a la utilización del PEF porque puede generar disfunciones en el centro.